

Hvem er arbeidsgiver og hva er virksomheten i relasjon til
arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 og § 67?

Kandidatnr: 263

Veileder: Professor Stein Evju

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17294 ord

Dato: 25.11.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNING	1
1.2	OVERSIKT OVER RELEVANTE RETTSKILDER OG METODE	2
1.3	BESTEMMELSENE'S BAKGRUNN	8
1.4	LITT OM TERMINOLOGIEN	9
1.5	OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	11
<u>2</u>	<u>HVEM ER ARBEIDSGIVER?</u>	<u>11</u>
2.1	INNLEDNING	11
2.2	ARBEIDSGIVERDEFINISJONEN I AML. § 4	12
2.2.1	HVEM HAR TILSATT ARBEIDSTAKER?	13
2.2.2	HVORDAN IDENTIFISERE DET RETTSSUBJEKT SOM HAR TILSATT ARBEIDSGIVER?	16
2.2.3	KAN DET TENKES TILFELLER HVOR ARBEIDSGIVER IKKE ER ET SELVSTENDIG RETTSSUBJEKT?	17
<u>3</u>	<u>KAN FLERE RETTSSUBJEKTER VÆRE ARBEIDSGIVERE SAMTIDIG?</u>	<u>18</u>
3.1	INNLEDNING	18
3.2	AVTALE	20
3.3	UTØVELSE AV ARBEIDSGIVERFUNKSJONER	22
3.3.1	INNLEDNING	22
3.3.2	ET RETTSSUBJEKTS DOMINERENDE RÅDIGHET OVER ET ANNET	23
3.3.3	IDENTIFIKASJON MELLOM TO RETTSSUBJEKTER	26
3.3.4	PROFORMA	28
3.3.5	ILLOJAL OMGÅELSE AV ARBEIDSGIVERANSVARET	29
3.3.6	UTØVELSE AV ARBEIDSGIVERFUNKSJONER SOM IKKE MEDFØRER AT MAN ANSES SOM ARBEIDSGIVER	31
3.4	OPPSUMMERING	32

<u>4</u>	<u>HVA ER ARBEIDSTAKERS REFERANSERAMME?</u>	<u>33</u>
4.1	INNLEDNING	33
4.2	HVA ER <i>VIRKSOMHETEN</i> ?	33
4.3	KAN VIRKSOMHETEN OMFATTE NOE MER ENN ARBEIDSGIVERS AKTIVITETSSFÆRE?	36
4.3.1	HVOR VIRKSOMHETEN OMFATTER NOE MER ENN ARBEIDSGIVERS AKTIVITETSSFÆRE – ANSES FLERE SOM ARBEIDSTAKERS ARBEIDSGIVER?	40
4.4	KAN VIRKSOMHETEN OMFATTE NOE MINDRE ENN ARBEIDSGIVERS TOTALE AKTIVITETSSFÆRE?	41
4.5	OPPSUMMERING	44
<u>5</u>	<u>FLERE ARBEIDSGIVERE ELLER SAMME VIRKSOMHET – HVEM HAR HVILKE PLIKTER OVERFOR ARBEIDSTAKER?</u>	<u>45</u>
5.1	INNLEDNING	45
5.2	HVOR ARBEIDSTAKER HAR FLERE ARBEIDSGIVERE	45
5.3	HVOR ARBEIDSTAKER HAR ÉN ARBEIDSGIVER, MEN ARBEIDSTAKERS REFERANSERAMME ER STØRRE ENN ARBEIDSGIVERS AKTIVITETSSFÆRE	47
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>48</u>
6.1	INNLEDNING	48
6.2	OVERSIKT OVER GJELDENE RETT	49
6.3	BØR ARBEIDSMILJØLOVEN ENDRES?	49
<u>7</u>	<u>LITTERATUR OG KILDER</u>	<u>53</u>
<u>8</u>	<u>FORKORTELSER</u>	<u>60</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

To sentrale begreper i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4 februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven) er arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet. I denne oppgaven skal det redegjøres for disse begrepene i relasjon til arbeidsmiljøloven (aml.) §§ 60 nr. 2 første ledd første punktum og 67 nr. 1 første ledd første punktum.¹

En oppsigelse er i henhold til aml. § 60 nr. 2 første ledd ikke saklig dersom det finnes annet passende arbeid i virksomheten. En arbeidstaker som har blitt oppsagt på grunn av arbeidsmangel, har i følge aml. § 67 nr. 1 første ledd fortrinnsrett til ny tilsetning i samme virksomhet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstaker ikke er skikket for. Bestemmelsene gir arbeidstaker en rett til omplassering og en fortrinnsrett til ny ansettelse. Disse rettighetene må gjøres gjeldende overfor arbeidsgiver. Dette følger direkte av ordlyden i aml. § 60 nr. 2 første ledd og må også legges til grunn for aml. § 67 nr. 1 første ledd (se nedenfor i kapittel 1.3). For å ivareta arbeidstakers rettigheter, må det derfor avklares hvem som er arbeidsgiver, og videre om arbeidsforholdet er knyttet til bare én arbeidsgiver, eller om det også kan være knyttet til flere arbeidsgivere. Disse spørsmålene redegjøres det nærmere for i kapitlene 2 og 3.

Arbeidstakers rettigheter etter aml. § 60 nr. 2 første ledd må gjøres gjeldende innen "*virksomheten*". Rettighetene etter aml. § 67 nr. 1 første ledd gjelder innen "*samme virksomhet*". Referanserammen for arbeidstakers rettigheter og arbeidsgivers plikter i forhold til omplassering eller ansettelse er således vedkommende *virksomhet*. Spørsmålet i denne forbindelse er hva som anses som arbeidsgivers virksomhet i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd. I tilknytning til dette oppstår spørsmål om omfanget av den aktuelle virksomheten. Et annet spørsmål er hvilken sammenheng det er mellom arbeidsgiver og virksomheten. Kan man si at

¹ Heretter for enkelhets skyld omtalt som aml. § 60 nr. 2 første ledd og § 67 nr. 1 første ledd.

virksomheten omfatter de aktiviteter arbeidsgiver utøver innen en organisatorisk ramme, eller kan virksomheten være noe mer eller mindre enn arbeidsgivers aktivitetssfare? Dette er spørsmål som tas opp i kapittel 4.

Jeg har valgt å avgrense oppgaven til kun å fastlegge arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd. Dette innebærer at jeg ikke forsøker å gi en allmenn definisjon av begrepene, og at begrepene i relasjon til andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven og annen lovgivning som utgangspunkt faller utenfor fremstillingen.

1.2 Oversikt over relevante rettskilder og metode

Ut fra foreliggende rettskildesituasjon foretas en redegjørelse for rettsstillingen med hensyn til arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepets innhold i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd. Utgangspunktet for vurderingen av gjeldende rett er de alminnelige rettskilder, som det ikke redegjøres nærmere for.² Jeg vil likevel kommentere enkelte rettskildemessige spørsmål som reiser seg i tilknytning til denne oppgaven.

Regler som regulerer forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver finnes først og fremst i arbeidsmiljøloven. En definisjon av arbeidsgiverbegrepet finnes i aml. § 4. Ordlyden i seg selv gir begrenset veiledning når det skal klargjøres hvem som er pliktsubjekt i forhold til aml. §§ 60 nr. 2 og 67 nr. 1. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er først og fremst Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. og Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.³ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) tar blant annet for seg bestemmelser om lovens virkeområde, arbeidsmiljøet, arbeidsgivers, arbeidstakers og leverandørers plikter og ansvar, mens Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) behandler bestemmelser om oppsigelsesvern m.m. Aml. § 4 og §§ 60 nr. 2 og 67 er således ikke

² For en generell fremstilling av rettskildelæren, se Eckhoff (2001).

³ Da arbeiderlovgivningen ble revidert til det som skulle bli arbeidsmiljøloven, var det ikke satt ned et eget lovutvalg. Lovforberedelsene ble i stedet gjennomført av Kommunal- og arbeidsdepartementet i samarbeid med arbeidsgrupper som besto av representanter fra de ulike organer og organisasjoner i arbeidslivet. Se nærmere i Friberg (2003) s. 27.

behandlet i samme proposisjon. Dette kan være noe av bakgrunnen for at forarbeidene ikke bidrar til noen særlig klargjøring av arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i forhold til reglene om stillingsvern. Se for øvrig kapittel 2.2 for en nærmere redegjørelse.

Arbeidsmiljøloven har vært gjenstand for en rekke endringer den tid den har eksistert, og det har også blitt foreslått å endre arbeidsgiverdefinisjonen i § 4. Bakgrunnen for forslagene om endring av aml. § 4 er en tendens til at foretak stadig oftere inngår i konserner eller andre typer foretaksgrupper, og at beslutninger vedførende arbeidstakers arbeidsforhold tas av andre enn den formelle arbeidsgiver. I 1994 ble Konsernutvalget oppnevnt for å se nærmere på arbeidstakernes stilling i sammensatte virksomheter. Et sentralt endringsforslag i forhold til arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven ble fremsatt av Konsernutvalget i NOU 1996: 6 (*"Arbeidstakernes stilling i konsernforhold m.v."*). Utvalget foreslo blant annet at ordlyden i aml. § 4 skulle endres slik at som *arbeidsgiver* skulle også anses foretak som kunne utøve bestemmende innflytelse over den formelle arbeidsgiver. Videre skulle forholdet til bestemmelsene i aml. §§ 60 nr. 2 og 67 klargjøres. I forhold til stillingsvernet ville dette medføre at oppsigelsens saklighet måtte vurderes opp mot den formelle arbeidsgiver og det foretak som kunne utøve bestemmende innflytelse over arbeidsgiver. Fortrinnsretten skulle gjelde i tilsvarende utstrekning.

Hvorvidt dette innebar en kodifisering av daværende gjeldende rett, eller om det innebar en utvidelse av arbeidsgiverbegrepet, er omdiskutert. Hovedsynspunktet innen juridisk litteratur og videre utredninger var at forslaget innebar en utvidelse av arbeidsgiverbegrepet.⁴ Utvalget uttrykte selv at forslaget *"som utgangspunkt bygger på den hovedtendens som synes å følge av den foreliggende rettspraksis..."*⁵ Videre:

"Tildels, og det må kunne sies å være hovedtendensen, er det i rettspraksis lagt til grunn at arbeidsforholdet er knyttet til konsernet som sådan,...eller til gruppen av

⁴ Se blant annet Fougner (2003) s. 100 og NOU 2004: 5 s. 145.

⁵ NOU 1996: 6 s. 78.

*samarbeidende selskaper... hver [sic] morselskap er ansatt som ansvarlig ved siden av datterselskap... ”.*⁶

Utvalget modererte uttalelsen ved å påpeke at andre avgjørelser, slik som Rt. 1992.776, viser en annen tendens.

På bakgrunn av at flere av høringsinstansene var sterkt kritiske til Konsernutvalgets forslag, ønsket Kommunal- og regionaldepartementet ikke å gå videre med forslaget. I stedet utarbeidet departementet et nytt og modifisert forslag som blant annet gikk ut på at arbeidsgivers referanseramme for omplassering og fortrinnsrett ikke skulle være begrenset til det foretak som arbeidsgivers ansettelsesforhold formelt var knyttet til.⁷ Heller ikke dette førte til noen lovendring.

Det kan spørres om lovforslagene har noen rettskildemessig betydning. I alminnelighet vil et lovforslag som ikke medfører endring, ha begrenset rettskildemessig vekt. Jeg har ikke funnet noen dommer fra Høyesterett hvor Konsernutvalgets utredning brukes som kilde. Heller ikke i avgjørelser fra de underliggende domstoler synes utredningen å være noen tungtveiende kilde, i alle fall ikke eksplisitt. Mest positiv til NOU 1996: 6 som rettskilde, er avgjørelsen inntatt i RG 1998.1415 (Tønsberg). På s. 1443 uttalte retten følgende:

”Utvalgets innstilling er så vidt vites ikke behandlet politisk. Det er umiddelbart klart at utkastet på dette området går lenger enn gjeldende rett, men føyer seg inn i rekken av endringer som er foretatt for beskyttelse av arbeidstakerne. Forslaget har således en egen argumentasjonsverdi.”

Det må tas i betraktning at dette en byrettsdom som har begrenset rettskildemessig verdi. Rettens syn på NOU 1996: 6 ser heller ikke ut til å ha støtte i annen praksis, da flere avgjørelser eksplisitt har tatt avstand fra å anvende Konsernutvalgets utredning som rettskilde. I Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 21.01.2002

⁶ ibid. s. 79.

⁷ Høringsbrev av 27.08.98. Heretter KRD (1998).

(LB-2001-01965) ga retten uttrykk for at NOU 1996: 6 ikke hadde ført til noen lovendring, og således ikke ga uttrykk for gjeldende rett. Samme syn hadde Oslo tingrett i en dom inntatt i RG 2003.1342, hvor det for øvrig vises til ovennevnte avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett. Mindretallet i RG 2004.255 (Frostating) la en viss vekt på at Konsernutvalgets innstilling ikke resulterte i noen lovendring. De mente at flertallets avgjørelse innebar en utvidelse av arbeidsgiverbegrepet som det ikke var hjemmel for. Flertallet tok ikke opp forholdet til NOU 1996: 6.

Jeg har ikke funnet noen avgjørelser hvor det ”nye” forslaget fra Kommunal- og regionaldepartementet nevnes.

Spørsmålet om arbeidsmiljøloven gir arbeidstaker tilstrekkelig vern i tilfeller hvor arbeidsforholdet er knyttet til et foretak som er del av en større organisasjon, har vært vurdert både i NOU 1999: 34 (*”Nytt millennium - nytt arbeidsliv?”*) og NOU 2004: 5 (*”Arbeidslivslovutvalget”*). I NOU 1999: 34 ble det anbefalt at regelverket ble gjennomgått og klargjort med hensyn til arbeidsgiverbegrepet.⁸ En slik utredning og vurdering ble foretatt av Arbeidslivslovutvalgets innstilling i NOU 2004: 5. Utvalgets mandat var å *”gi en vurdering av om arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven og andre arbeidsrettslige lover er dekkende for dagens organisering av arbeid”*.⁹ Et flertall av utvalgets medlemmer (12 representanter) mente at en utvidelse av arbeidsgiverbegrepet i aml. § 4, til også å gjelde foretak med bestemmende innflytelse, ikke var hensiktsmessig. Begrunnelsen var at i de fleste tilfeller er det ingen tvil om hvem som er arbeidsgiver. Videre la flertallet vekt på at aml. § 4 ikke hindrer at flere enn den formelle arbeidsgiver kan anses som arbeidsgivere, og at praksis har åpnet for dette.¹⁰ Mindretallet (fire representanter) ønsket en lovendring i tråd med Konsernutvalgets innstilling.¹¹

⁸ NOU 1999: 34 kapittel 10.3.

⁹ NOU 2004: 5 s. 19.

¹⁰ ibid. s. 160-161.

¹¹ ibid. s. 161-162.

De forslag som har fremkommet, har ikke medført endring i formell lov. Det kan stilles spørsmål ved om utredningene og lovforslagene likevel bør tillegges vekt fordi arbeidsmiljølovens bestemmelser ikke gir tilstrekkelig veiledning med hensyn til hva som er gjeldende rett. I den grad utredningene bidrar til en klargjøring av gjeldende rett, kan de nok vektlegges på samme måte som annen juridisk teori. Et problem er imidlertid at utredningene ikke er samsvarende med hensyn til vurderingen av hva som er gjeldende rett. Konsernutvalget la til grunn at deres lovforslag bygde på det som syntes å være hovedtendensen i praksis; at et foretak som utøvde bestemmende innflytelse over arbeidsgiver også var å anse som arbeidsgiver. Arbeidslivslovutvalget la til grunn at det enkelte selskap i et konsern er arbeidsgiver for sine ansatte, men at flere kunne anses å være arbeidsgivere. Konsernutvalget la således til grunn et annet utgangspunkt enn Arbeidslivslovutvalget. Det kan således spørres om utredningene og lovforslagene egentlig ga uttrykk for gjeldende rett, og dette må tas i betraktning ved vurderingen av utredningenes rettskildemessige betydning.

Under enhver omstendighet kan de hensyn som tilsa en utvidet forståelse av arbeidsgiverbegrepet gjøre seg gjeldende, selv om de ikke er lovfestet, og dermed implisitt påvirke vekten av ulike kilder og argumentasjon.

Da loven og forarbeidene gir liten veiledning ved klargjøring av arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd, blir rettspraksis en sentral kilde. Jeg anvender følgelig rettspraksis både til å belyse problemstillingen og som en kilde til å avklare hva som er gjeldende rett.

Når det gjelder praksis rundt forståelsen av henholdsvis arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i aml. § 60 nr. 2, er praksis alle domstoler sett under ett, relativt rikholdig. Praksis rundt aml. § 67 er i hovedsak konsentrert rundt spørsmålet om *hvilke* stillinger arbeidstaker anses som skikket for, og ikke mot *hvem* eller *i forhold til hva* fortrinnsretten kan gjøres gjeldende. På bakgrunn av sammenhengen mellom aml. §§ 60 nr. 2 og 67, må det legges til grunn at arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet er samsvarende i de to bestemmelsene, og at det er de samme vurderinger som gjør seg gjeldende i forhold til dem begge.¹² Som det redegjøres for nedenfor i kapittel 1.3, er

¹² Se Fougner (1999) s. 403.

aml. § 67 nr. 1 en videreføring av aml. § 60 nr. 2 første ledd første punktum. Videre er utgangspunktet det samme; å finne pliktsubjektet og referanserammen for arbeidstakers rett til ansettelse.¹³

Den rettspraksis som refereres i avhandlingen, er dels funnet gjennom systematiske søk på Lovdata og dels gjennom henvisninger i bøker. Enkelte avgjørelser er ikke tilgjengelige i Lovdatas database, og disse har jeg fått kopier av fra de respektive domstoler. Praksis fra Høyesterett er begrenset i omfang, men stiller opp enkelte utgangspunkter for vurderingen av hvem som er arbeidsgiver og hva som er virksomheten. Videre gir Høyesterettsavgjørelsene eksempler på når utgangspunktene kan fravikes. Fordi det finnes få avgjørelser fra Høyesterett som belyser problemstillingen, bruker jeg også avgjørelser fra Arbeidsretten, lagmannsrettene og underrettene som kildemateriale.¹⁴ Vekten av lagmannsrettens og underrettens avgjørelser er, i tråd med alminnelig rettskildeteori, diskutabel.¹⁵ Et argument som ofte anføres mot at slike avgjørelser tillegges vekt, er mangelfull publisering. Argumentet er nok ikke helt treffende, da de fleste avgjørelser fra lagmannsrettene nå publiseres på Lovdata og avgjørelser i oppsigelsessaker har vært tilnærmet fullstendig publisert i Dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter (LARD) og Norsk Arbeidsrettslig Domssamling (NAD) for årene 1977-88.¹⁶ Hvorvidt dette fører til at praksis fra lagmannsrettene og underrettene får større vekt enn på andre rettsområder, er likevel usikkert. Praksis fra lagmanns- og underrettene kan ha varierende kvalitet og tar ikke nødvendigvis sikte på å avklare prinsipielle spørsmål. I mangel av avgjørelser fra Høyesterett, er det likevel nødvendig å se på praksis fra de underliggende domstoler. Da

¹³ Se for øvrig Fougner (1999) s. 145 og Fanebust (2002) s. 55.

¹⁴ Jeg har kun med en dom fra Arbeidsretten (ARD 1980.79). Arbeidsretten var eneste ankeinstans for underrettens avgjørelser i saker etter arbeidsmiljøloven da dommen i ARD 1980.79 ble avsagt. Arbeidsretten avgjørelser anses som en tungtveiende rettskilde, se bl.a. Eckhoff (2001) s. 162, fordi avgjørelsene som hovedregel ikke kan ankes inn for Høyesterett jf. arbeidstvistloven § 24 nr. 6. Se nærmere om ARD 1980.79 i kapittel 2.2.1

¹⁵ Se Boe (1996) s. 248 flg.

¹⁶ For avgjørelser fra underrettene, er det nok likevel til dels tilfeldig hvilke avgjørelser som publiseres, og det vil da være mer betenkelig å vektlegge slike fordi en ikke får tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag.

kun et fåtall saker blir brakt inn for Høyesterett, er det i praksis avgjørelsene fra de lavere instanser som er avgjørende for arbeidstakers rettsstilling.¹⁷ I denne avhandlingen er avgjørelser fra lagmannsrettene brukt på to måter; til dels presiserer de praksis fra Høyesterett og til dels representerer de ”gjeldende rett” hvor det ikke finnes avgjørelser fra høyere domstoler. Praksis fra underrettene er først og fremst anvendt for å illustrere problemstillingen.¹⁸

Selv om det er praksis rundt aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd som er mest interessant, er det ikke utelukket å se på begrepet i relasjon til andre bestemmelser. Dette gjelder især dersom det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende. Som kildemateriale er derfor også tatt med avgjørelser som ikke omhandler begrepene i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd.

Det finnes noe juridisk teori på området. Flere fremstillinger behandler temaet, men mest i forhold til å referere fra de ulike avgjørelsene.¹⁹ Juridisk teori er også brukt som argument i rettspraksis ved spørsmål om hvem som er arbeidsgiver eller hva som er virksomheten i relasjon til stillingsvernet.

1.3 Bestemmelsenes bakgrunn

Både aml. §§ 60 nr. 2 og 67 kan ses på som sider av arbeidstakers stillingsvern. Stillingsvernet er arbeidstakers vern mot at arbeidsforholdet bringes til opphør gjennom oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver.²⁰ Det er lagt til grunn at arbeidstaker trenger et slikt særlig vern i og med at arbeidstaker anses som den svake part i avtaleforholdet. Bestemmelsen i aml. § 60 nr. 2 er et element i vurderingen av oppsigelsens saklighet. Videre er et av formålene med bestemmelsen å gi arbeidsgiver plikt til å vurdere

¹⁷ Se for øvrig Dege (2003) s. 17-27 for en statistisk oversikt og Fanebust (2001) s. 52 for en nærmere diskusjon om vekten av praksis fra de underliggende domstoler.

¹⁸ De konkrete avgjørelsene er valgt ut fordi de problematiserer arbeidsgiver- og/eller virksomhetsbegrepet.

¹⁹ Se for eksempel Fanebust (2001) s. 154-156, Dege (2003) s. 42-45, Fougner (2003) s. 99-108, Jakhelln (2004)a s. 75-96, samt Jakhelln (2004)c s. 32-41. Se for øvrig litteraturlisten bak i avhandlingen for flere referanser.

²⁰ Se Evju (1979)b s. 139.

omplassering av arbeidstaker. Aml. § 67 nr. 1 kan sies å være en videreføring av arbeidsgivers plikt til å vurdere omplassering før oppsigelse.²¹

Både aml. §§ 60 nr. 2 og 67 var nye i arbeidsmiljøloven og hadde ingen parallell i den tidligere arbeidervernloven (arbv. l.). Prinsippet i aml. § 60 nr. 2, om at en oppsigelse begrunnet i rasjonalisering eller driftsinnskrenkning ikke er saklig dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid å tilby arbeidstaker i virksomheten, var imidlertid utviklet gjennom rettspraksis i tilknytning til arbeidervernloven og ble således kodifisert ved utarbeidelsen av arbeidsmiljøloven.²² Selv om saklighetskravet var utviklet i rettspraksis, ble bestemmelsen ansett å innebære en styrking av arbeidstakers stillingsvern.²³

Formålet med innføringen av aml. § 67 var at bedriftene ikke skulle kunne omgå oppsigelsesvernet til den enkelte arbeidstaker ved å benytte kortvarige driftsinnskrenkninger til utskiftning av arbeidsstokken.²⁴ Ut over dette har bestemmelsen betydning ved at arbeidstakerne gis fortrinnsrett til ny ansettelse også etter saklige oppsigelser. I tillegg innebærer bestemmelsen en begrensning av arbeidsgivers styringsrett, da arbeidsgiver ikke står fritt til å bestemme hvem som skal ansettes.²⁵ Prinsippet var ikke helt nytt; regler om fortrinnsrett til ny tilsetning i samme virksomhet fantes i Hovedavtalen mellom LO og N.A.F. (nå NHO). Liknende bestemmelser fantes også i ILO-rekommandasjon nr. 119 og svensk rett.²⁶

1.4 Litt om terminologien

Arbeidsgiveransvar er ofte brukt som et begrep for arbeidsgivers erstatningsansvar i henhold til skadeserstatningsloven § 2-1. Dette faller utenfor min fremstilling. I det

²¹ Jf. Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 199.

²² Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18, samt Rt. 1966.393 og Rt. 1967.91 hvor omplasseringsplikt var forutsatt.

²³ Jf. Evju (1979)c s. 250.

²⁴ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 27.

²⁵ Jf. Evju (1979)c s. 317.

²⁶ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 79.

følgende vil jeg anvende begrepet arbeidsgiveransvar som betegnelse for det ansvaret arbeidsgiver har overfor arbeidstaker i forhold til stillingsvernsreglene.

Videre vil begrepene *arbeidsgiverfunksjoner og styringsrett* gå igjen flere steder i fremstillingen. Arbeidsgiverfunksjoner er en fellesbetegnelse på de disposisjoner arbeidsgiver har rett eller plikt til å foreta i egenskap av å være arbeidsgiver. Dette kan for eksempel være ledelse, kontroll, retten til ansettelser og oppsigelser, oppfølging av arbeidstid og arbeidsmiljø.²⁷ Videre kan det dreie seg om plikter overfor offentlige myndigheter, slik som plikt til å foreta skattetrekk, betaling av arbeidsgiveravgift etc.²⁸ Styringsretten kan beskrives som summen av en rekke arbeidsgiverfunksjoner,²⁹ og begrepet brukes ofte som en fellesbetegnelse på arbeidsgivers adgang til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt hans eller hennes adgang til å innlede eller avslutte arbeidsforhold med arbeidstaker.³⁰ Arbeidsgivers styringsrett er ikke ubegrenset; den begrenses av lov, tariffavtaler, individuelle arbeidsavtaler, samt arbeidstakers medbestemmelsesrett. I teori og praksis er det videre satt opp et krav om saklighet med hensyn til arbeidsgivers disposisjoner.³¹

Jeg skiller også mellom den *formelle* og den *reelle* arbeidsgiver. Med den formelle arbeidsgiver mener jeg den arbeidsgiver arbeidstaker har inngått arbeidsavtalen med. Det rettssubjekt som i arbeidskontrakten angis som arbeidsgiver, er således den formelle arbeidsgiver. Reell arbeidsgiver er den eller de som ut fra realitetene i arbeidsforholdet anses som arbeidsgiver(e). Ofte vil den formelle og reelle arbeidsgiver være den samme, og det er ikke nødvendigvis noe motsetningsforhold mellom det reelle og det formelle.

²⁷ Jf. NOU 2004: 5 s. 150.

²⁸ Se for eksempel skattebetalingsloven § 4 og folketrygdloven § 23-2.

²⁹ Jf. NOU 1996: 6 s. 29.

³⁰ Se for eksempel Rt. 2000.1602 på s. 1609 og Jakhelln (1996) s. 40 flg.

³¹ Se Evju (2003) s. 22 med videre referanser samt Rt. 2001.418 hvor det var spørsmål om arbeidsgiver kunne pålegge de ansatte et nytt fremmøtested. Retten mente at dette måtte ligge innenfor styringsretten, men at styringsretten "*begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn*" (s. 427).

Aml. § 60 nr. 2 refererer til oppsigelser begrunnet i rasjonaliseringer eller driftsinnskrenkninger, mens aml. § 67 nr. 1 refererer til oppsigelser grunnet arbeidsmangel. Som en samlebetegnelse anvender jeg begrepet *nedbemanning*.

En del av oppgaven går ut på å sammenstille arbeidsgiverbegrepet med virksomhetsbegrepet. Jeg forsøker først og fremst å anvende virksomhetsbegrepet som referanserammen for arbeidsgivers plikter. Ordet *virksomhet* brukes imidlertid i mange ulike relasjoner, og det er ikke gitt at betydningen er den samme i enhver relasjon. For eksempel vil virksomhet være et synonym til selskap, firma, bedrift eller foretak. For å unngå forvirring, kaller jeg objektet hvor arbeidstaker utfører arbeid for *foretaket*. Hvor foretaket er et selskap, for eksempel et aksjeselskap, bruker jeg naturligvis betegnelsen selskap.

1.5 Oversikt over den videre fremstillingen

I kapittel 2 gjøres det rede for utgangspunkter for vurderingen av hvem arbeidsgiver er. I kapittel 4 gis en redegjørelse over spørsmålet om flere kan være arbeidsgivere for samme rettssubjekt og hvilke grunnlag dette kan ha. Kapittel 5 behandler virksomhetsbegrepet i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd. I kapittel 6 ser jeg nærmere på hvem som har plikter i forbindelse med omplassering etter aml. § 60 nr. 2 første ledd eller ny ansettelse jf. aml. § 67. Kapittel 7 inneholder avsluttende bemerkninger med en oppsummering av gjeldende rett og de rettspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende.

2 Hvem er arbeidsgiver?

2.1 Innledning

Arbeidstaker har behov for å vite hvem som er hans eller hennes arbeidsgiver. Dette er et naturlig utgangspunkt, i og med at arbeidsgiver er arbeidstakers kontraktspartner med de rettigheter og plikter dette innebærer. I Rt. 1993.954 uttalte retten på s. 957 følgende: "*Det følger av kontraktsforholdets karakter at det normalt vil ha sentral*

betydning for en arbeidstaker å kjenne til hvem som er hans eller hennes arbeidsgiver.” Siktemålet med dette kapitlet er å fastslå utgangspunkter for vurderingen av hvem som er arbeidsgiver. Et naturlig utgangspunkt er arbeidsgiverdefinisjonen i aml. § 4.

2.2 Arbeidsgiverdefinisjonen i aml. § 4

I følge aml. § 4 er arbeidsgiver *”enhver som har tilsatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”*. I forarbeidene er dette nærmere presisert ved at arbeidsgiver angis som *”den øverste ledelse for virksomheten. Dette vil f.eks. være styret i et aksjeselskap, i andre tilfeller kan det være eieren av virksomheten”*.³² Hvor arbeidsgiver er en juridisk person, vil arbeidsgiverfunksjonene utøves av den juridiske personens organer.³³ Dersom en annen enn arbeidsgiver leder virksomheten, følger det av § 4 annet ledd at bestemmelsene i loven gjelder *”tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”*. Spørsmålet er om den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten, også anses som pliktsubjekt i forhold til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd.

Definisjonen i § 4 annet ledd er samsvarende med tidligere arbv. § 65 som knyttet seg til arbeidsgivers straffeansvar.³⁴ Ut fra forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 3 (1975-1976), ser det ut som om definisjonen i § 4 først og fremst er knyttet til å fastslå hvem som har plikter etter aml. § 14 som pålegger arbeidsgiveren ansvar i forhold til et *”handlingsprogram”* i åtte punkter vedrørende *”de mest sentrale forebyggende tiltak som det erfaringsmessig er nødvendig å gjennomføre for å skape et sikkert og godt arbeidsmiljø, så som kartlegging av risikoforholdene, opplæring og instruksjon av arbeidstakerne, kontroll med arbeidsmiljøet, helsekontroll osv”*.³⁵

Definisjonen i aml. § 4 første og annet ledd synes derfor å være mer rettet mot hvem som er ansvarlige for etterlevelse av reglene i det enkelte tilfelle, og er mindre opplysende i forhold til hvem eller hva som er pliktsubjekt i henhold til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd. Bestemmelsen gir således ikke svar på hvem som er

³² Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 102.

³³ Jf. Jakhelln (1996) s. 34.

³⁴ Se Evju (1979)b s. 165.

³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 7.

arbeidsgiver, i tilfeller hvor man er i tvil om det er det ene eller annet foretak som har ansvar.

2.2.1 Hvem har tilsatt arbeidstaker?

Av ordlyden i aml. § 4 første ledd følger at arbeidsgiver er den som har tilsatt arbeidstaker. I følge forarbeidene kan man identifisere arbeidsgiver som arbeidstakers motpart: ”... *det vil i alminnelighet være naturlig å avgjøre om en person kan anses som arbeidsgiver ut fra om hans motpart faller inn under arbeidstakerbegrepet etter lovens § 3*”.³⁶ Ut fra praksis kan en nok fastslå at utgangspunktet er for sjablonmessig.³⁷ Arbeidsgiverbegrepet er relativt, jf. Rt. 1985.957, hvor det var spørsmål om hvem som var ansett som arbeidsgiver i relasjon til skattebetalingsloven § 3 litra b. I denne forbindelse uttalte flertallet følgende:

”Hvem som skal anses som arbeidsgiver etter skattebetalingsloven, behøver ikke å være det samme som i andre relasjoner. En drøftelse av arbeidsgiverbegrepet i forskjellige andre rettslige relasjoner har derfor begrenset verdi. ... Man må etter min mening gå rett på en tolking av den lovbestemmelse som her er avgjørende ...”.³⁸

Vurderingen av hvem som er arbeidsgiver i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd, må således primært ta utgangspunkt i disse bestemmelsene. Flere avgjørelser tar utgangspunkt i hvem som har *tilsatt* arbeidstaker.

I Rt. 1997.623 var det spørsmål om et interkommunalt pedagogisk-psykologisk senter var arbeidsgiver for sine ansatte. Arbeidsforholdet var inngått mellom senteret og arbeidstakerene, men arbeidstakerne hevdet prinsipalt at det var de samarbeidende kommunene som var deres arbeidsgivere. Ved vurderingen av om senteret var arbeidsgiver, tok retten utgangspunkt i om senteret var å anse som et selvstendig rettssubjekt eller ikke. Fra dette utledes at hvor et foretak er et selvstendig rettssubjekt,

³⁶ *ibid* s. 102.

³⁷ Fougner (2003) s. 99.

³⁸ Rt. 1985.957 på s. 961-962.

og arbeidsforholdet er inngått mellom foretaket og arbeidstaker, er det foretaket som sådan som er arbeidsgiver.³⁹ Utgangspunktet for vurderingen var foretakets grad av selvstendighet. Forhold som tilsa at senteret var et selvstendig rettssubjekt var at senteret opptrådte under eget navn, det inngikk leieavtaler og arbeidsavtaler i eget navn, det hadde ansettelsesmyndighet og senteret hadde et eget styre. Styret kunne riktignok instrueres av eierne (samarbeidskommunene). Imidlertid besto styret at representanter fra samtlige kommuner, slik at den enkelte kommunes påvirkningsmulighet var begrenset. Videre hadde det betydning at senteret disponerte egne midler, hadde egen budsjettkompetanse og var underlagt regnskaps- og revisjonsplikt. Kommunene var forpliktet til å foreta bevilgninger, og senteret var således ikke avhengig av kommunenes ”nåde”. På denne bakgrunn hadde senteret så stor grad av selvstendighet at det var å betrakte som et selvstendig rettssubjekt.⁴⁰

I Rt. 1997.623 nevnes Arbeidsrettens dom i ARD 1980.79 som eksempel på et interkommunalt kontor med liten grad av selvstendighet. Det interkommunale kontoret i ARD 1980.79 ble, i motsetning til senteret i Rt. 1997.623, ikke ansett som arbeidsgiver alene. Arbeidsretten vurderte ikke eksplisitt om senteret var et selvstendig rettssubjekt, men det synes som at flertallet i Rt. 1997.623 forutsatte at det ikke var det. Noe av begrunnelsen for at det interkommunale foretaket i Rt. 1997.623 var et selvstendig rettssubjekt, var nettopp at det ikke kunne sidestilles med senteret i ARD 1980.79.⁴¹ Til

³⁹ At førstvoterende på s. 631 uttalte at ”styret ved PPD-senteret må anses for å ha vært arbeidsgiver”, må anses som en inkurie. Det var PPD-senteret som sådan som var arbeidsgiver, ikke styret ved senteret.

⁴⁰ Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse inntatt i RG 1996.502 sier noe om hva som skal til for å anse et foretak som et selvstendig rettssubjekt. Det var spørsmål om en bedriftshelsetjeneste eid av tre institutter kunne være arbeidsgiver. Retten la vekt på graden av selvstendighet og atskillelse fra de eiende instituttene. Et viktig moment var at bedriftshelsetjenesten hadde eget styre med omfattende kompetanse til for eksempel ansettelser, fastsettelse av lønn, budsjettbehandling m.m. Styret besto av representanter fra eierinstituttene, men vedtak ble fattet ved vanlig flertall. Den enkelte eier hadde således begrenset instruksjonsmyndighet på samme måte som i Rt. 1997.623. Bedriftshelsetjenesten hadde også egne lokaler og utstyr. Bedriftshelsetjenesten fremsto som en så selvstendig enhet at det alene var arbeidsgiver.

⁴¹ Som nevnt i note 14 er Arbeidsrettens avgjørelser en kilde av høy rang, og dette taler for å la ARD 1980.79 tjene som mønster for liknende saker. I Rt. 1997.623 tolket imidlertid flertallet Arbeidsrettens dom så snevert at retten kunne komme til et annet resultat uten å fravike Arbeidsrettens dom. En slik fremgangsmåte er kjent som ”distinguishing the case”, se nærmere Boe (1996) s. 254 flg.

forskjell fra senteret i Rt. 1997.623, hadde senteret i ARD 1980.79 ikke selvstendig budsjettkompetanse, omfanget av styrets kompetanse var usikker og samarbeidet besto mellom få kommuner. I Rt. 1997.623 uttalte retten på s. 631 at en *”virksomhet som bygger på en samarbeidsavtale mellom en rekke kommuner, vil nok oftere anses som et eget rettssubjekt enn et samarbeid mellom to eller tre kommuner”*. Ved samarbeid mellom flere kommuner, vil nok tilknytningen til den enkelte kommune bli mindre, og styret få en mer selvstendig stilling.

At arbeidsgiver må være et selvstendig rettssubjekt følger også av dommen inntatt i Rt. 1998.1357. En arbeidstaker i Oslo kommune var ansatt i to ulike etater. Fordi den samlede arbeidstid oversteg normalarbeidstid, krevde han overtidsbetalt. Oslo kommune hevdet at det forelå to separate arbeidsforhold, i og med at han var ansatt i to ulike etater. Arbeidstaker hevdet at de to etatene måtte ses under ett som en del av Oslo kommune, og at det var Oslo kommune som var arbeidsgiver. Problemstillingen var således om de to etatene kunne ses på som arbeidstakers arbeidsgivere. Flertallet på tre dommere kom til at Oslo kommune var arbeidsgiver. Begrunnelsen var at arbeidsgiver må være et selvstendig rettssubjekt. Førstvoterende, som representant for flertallet, uttalte at delegasjon av arbeidsgiverfunksjoner ikke medfører at det underordnede organ anses som arbeidsgiver (s. 1363):

”Jeg kan heller ikke se at arbeidsmiljøloven § 4 annet ledd gjør etatene eller bydelene til arbeidsgivere. Bestemmelsen sier at det som gjelder arbeidsgiveren, <<skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten>>. Det som fremgår her, er at den som utøver arbeidsgiverfunksjoner på vegne av arbeidsgiveren, er bundet av lovens bestemmelser på lik linje med arbeidsgiveren selv. Også personer eller organer nedover i systemet som har fått delegert arbeidsgiverfunksjonene, får i kraft av bestemmelsen plikt til å påse at lovens regler blir overholdt; for eksempel om arbeidsmiljø og arbeidstid. Men de underordnede organ eller personer blir ikke av den grunn arbeidsgiver.”

Kommunens desentraliserte og omfattende organisasjon kunne tale for å likestille forholdet med arbeid utført for to forskjellige arbeidsgivere. Førstvoterende viste til at i staten anses den enkelte etat eller institusjon som arbeidsgiver i forhold til arbeidstidsreglene. Flertallet la imidlertid større vekt på arbeidstidsreglenes formål om å verne arbeidstaker: *"Å la etatene og bydelene være enheten ville innebære en innskrenkende fortolkning av vernebestemmelser for arbeidstakerne."* (s. 1364). På denne bakgrunn kom flertallet til at Oslo kommune var eneste arbeidsgiver.

Mindretallet mente at arbeidstidsbestemmelsene burde gjelde innen den enkelte etat, og at etaten i denne forbindelse ble ansett som arbeidsgiver. En slik forståelse ville være i samsvar med det tilfelle at arbeidstaker inngikk to arbeidsavtaler med to private arbeidsgivere og for øvrig i overensstemmelse med praksis i staten.

Konklusjonen må uansett være at det rettssubjekt som har ansatt arbeidstaker, anses som arbeidstakers arbeidsgiver.⁴²

2.2.2 Hvordan identifisere det rettssubjekt som har tilsatt arbeidsgiver?

Som nevnt innledningsvis har arbeidsgiver plikt til å klargjøre hvem som er arbeidsgiver overfor arbeidstaker. Bestemmelser som søker å sikre at arbeidstaker får slike opplysninger er aml. § 55 C litra a, som sier at arbeidsavtalen skal fastsette hvem som er arbeidsgiver, og aml. § 57 nr. 2 annet ledd, som sier at oppsigelsen skal inneholde opplysninger om hvem som er arbeidsgiver og rett saksøkt i en eventuell tvist.⁴³

⁴² Se for øvrig Ot.prp. nr. 68 (1998-1999) vedrørende utdanningspermisjon. Om arbeidsgiverbegrepet uttalte departementet på s. 13: *"Begrepet «arbeidsgiver» er i arbeidsmiljøloven § 4 definert som «enhver som har tilsatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Med dette menes i utgangspunktet det rettssubjekt som er arbeidstakerens motpart i arbeidsforholdet."*

⁴³ Søksmål vedrørende sakligheten av en oppsigelse må rettes mot arbeidsgiver, jf. Rt. 1993.1428 hvor et søksmål ble avvist som følge av at de saksøkte ikke kunne anses som arbeidsgivere. Det må for øvrig legges til grunn at det rettssubjekt som gir oppsigelsen, anses for å erkjenne arbeidsgiveransvar ved å opplyse at det er arbeidsgiver og rett saksøkt. Se nærmere Jakhell (2004) c s. 361-362.

Det rettssubjekt som har inngått arbeidsavtalen, anses som arbeidsgiver med mindre han gjør det klart at han opptrer på en annens vegne, jf. Rt. 1993.490.⁴⁴ Også i tilfeller hvor det ikke er inngått noen arbeidsavtale som angir arbeidsgiver, kan et rettssubjekt bli ansett som arbeidsgiver fordi det ikke har gjort det klart overfor arbeidstakerne at et annet rettssubjekt er deres arbeidsgiver, jf. Rt. 1993.954.⁴⁵

Det kan imidlertid oppstå spørsmål om andre enn den arbeidsavtalen utpeker kan anses som arbeidsgiver. Dette er en problemstilling lovgiver har vært oppmerksom på; i Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) påpekte departementet at selv om en arbeidstaker har fått oppgitt hvem som er arbeidsgiver i arbeidskontrakten, så kan dette forhold ha endret seg over tid.⁴⁶ Grunnen kan for eksempel være at det rettssubjekt som er arbeidsgiver inngår som del i en større organisasjon eller på andre måter er samordnet eller integrert med andre foretak. Hvorvidt flere rettssubjekter kan anses som arbeidsgiver for samme arbeidstaker og hvilke grunnlag dette eventuelt kan ha, behandles nærmere i kapittel 3.

2.2.3 Kan det tenkes tilfeller hvor arbeidsgiver ikke er et selvstendig rettssubjekt?

Spørsmålet er videre om det kan oppstilles unntak fra utgangspunktet om rettssubjektivitet som krav for å være arbeidsgiver. Et foretak kan for eksempel være oppdelt i ulike avdelinger som er geografisk atskilt eller hvor aktiviteten er forskjellig. De samme forhold gjør seg gjeldende i forhold til stat og kommune. Kan man i slike tilfeller anse de enkelte deler av et rettssubjekt som en selvstendig arbeidsgiver?

⁴⁴ Saken gjaldt hvem som var arbeidsgiver for en maskinsjef. Reksten Management AS (RM) opptrådte vegne av et foretak som arbeidsgiver overfor maskinsjefen. På bakgrunn av at RM ikke hadde gjort det tilstrekkelig klart overfor maskinsjefen at foretaket opptrådte på en annens vegne, ble RM ansett som arbeidsgiver.

⁴⁵ Saken gjaldt spørsmål om aksjeselskapet som sådan eller eierne av aksjeselskapet var arbeidsgivere. Fordi eierne ikke hadde gjort det klart for arbeidstakerne at aksjeselskapet var deres motpart, ble det lagt grunn at aksjonærene personlig var arbeidsgivere.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) "Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv." på s. 190.

I staten anses den enkelte etat som arbeidsgiver for sine ansatte, i alle fall i forhold til reglene om arbeidstid, se lovavdelingens uttalelse 16.11.77: *”Spørsmålet om hvem som reknes som samme arbeidsgiver innen staten, kan by på problemer. Antakelig bør man her ta utgangspunkt i den etat/institusjon som opptrer som part i ansettelsesforholdet”*.⁴⁷

Rt. 1998.1357 og Borgarting lagmannsretts dom 15.12.2000 (LB-1999-02678) synes å godta dette som uttrykk for gjeldende rett. Hvorvidt denne praksis er holdbar med hensyn til hvem som er pliktsubjekt etter aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd er usikkert, og jeg nøyer meg med å fastslå at et unntak fra rettssubjektivitet kan tenkes.

Jeg har ovenfor slått fast at rettssubjektet som sådan er arbeidsgiver. Et annet spørsmål er om man anser rettssubjektets totale aktivitetssfære som den virksomhet arbeidstakers rettigheter relaterer seg til. Dette vil jeg se nærmere på i kapittel 4. Først vil jeg imidlertid se nærmere på om flere rettssubjekter kan være arbeidsgiver for samme arbeidstaker i samme arbeidsforhold.

3 Kan flere rettssubjekter være arbeidsgivere samtidig?

3.1 Innledning

Som fastslått ovenfor er utgangspunktet for vurderingen av hvem som er arbeidsgiver, hvilket rettssubjekt som har inngått arbeidsforholdet med arbeidstaker. Det kan imidlertid være forhold som tilsier at et annet rettssubjekt enn den formelle arbeidsgiver anses som arbeidsgiver i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd. Hvorvidt dette innebærer at arbeidsgiveransvaret blir delt mellom flere rettssubjekter, eller om arbeidsgiveransvaret blir tillagt noen annen enn den formelle arbeidsgiver, er et spørsmål som reiser seg i denne forbindelse. Dette vil bli nærmere drøftet underveis.

⁴⁷ Uttalelse 16.11.77 inntatt i Matheson (1990) s. 12.

At flere rettssubjekter kan være arbeidsgiver for samme arbeidstaker, er lagt til grunn i Rt. 1997.623, hvor førstvoterende som representant for flertallet, på s. 631 uttalte følgende:

*”Det har i rettspraksis vært lagt til grunn at flere rettssubjekter kan ha et arbeidsgiveransvar etter arbeidsmiljøloven §60 nr 2 dersom arbeidsgiverfunksjonene har vært delt mellom dem, jf Rt 1990 side 1126”.*⁴⁸

For at en annen enn den formelle arbeidsgiver skal anses som arbeidsgiver, må det imidlertid forligge *”helt spesielle forhold”* jf. Rt. 1999.509, hvor en avskjediget arbeidstaker reiste sak både mot den formelle arbeidsgiver og et firma han var utleid til. Søksmålet mot det innleiende firma ble avvist på bakgrunn av at det ikke kunne anses som arbeidsgiver overfor saksøker. Kjæremålsutvalget la til grunn at det måtte foreligge helt spesielle forhold for å anse det innleiende firma som arbeidsgiver, og at slike forhold ikke forelå i denne konkrete saken.

I rettspraksis har grunnlag for arbeidsgiveransvar for andre enn den formelle arbeidsgiver vært avtale eller utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner. Jeg vil i det følgende se nærmere på disse grunnlagene.

⁴⁸ Se også Rt. 1985.941. Det foretak (OIS) som her ble ansett som arbeidsgiver, var et selskap opprettet av en rekke andre foretak med formål å skaffe medlemsbedriftene oppdrag i forbindelse med oljevirksomhet. Arbeidstakerne var formelt ansatt i den enkelte medlemsbedrift. I forhold til spørsmålet om OIS var å anse som arbeidsgiver, uttalte retten på s. 943 følgende: *”Slik denne sak foreligger – vil jeg ikke unnlate å bemerke at det vel kan forekomme at flere bedrifter innen en «paraply-organisasjon» som - - - S [OIS] i enkelte relasjoner - hensett til de konkrete forhold - kan bli å anse som arbeidsgiver.”* Uttalelsen synes å innebære at flere foretak som på en eller annen måte er knyttet sammen, kan anses som arbeidsgivere for samme arbeidstaker. Kjennelsen omhandler imidlertid ansvarsreglene i forbindelse med straff, og har derfor begrenset vekt i forhold til å klargjøre hvem som er arbeidsgiver i relasjon til stillingsvernsreglene. Gode grunner kan tale for et vidt arbeidsgiverbegrepet når det gjelder regler som skal verne arbeidstakerne fra skade og lignende. Et omfattende arbeidsgiverbegrep i relasjon til stillingsvernsreglene kan imidlertid være betenkelig, se nærmere i kapittel 6.3.

3.2 Avtale

Et særskilt grunnlag for å anse andre enn den formelle arbeidsgiver som arbeidsgivere, er i følge rettspraksis avtale.

I Rt. 1989.231 var det spørsmål om hvem som var arbeidsgiver. Tre arbeidstakere hevdet at deres arbeidsgiver var et norsk datterselskap av et utenlandsk morselskap. Arbeidstakerne hadde inngått en hovedansettelsesavtale med ulike selskaper innen konsernet, hvor det fremgikk at de hadde flytteplikt. I forbindelse med arbeid i Norge for et av datterselskapene, ble det utfylt et skjema hvor datterselskapet var angitt som arbeidsgiver. På denne bakgrunn hevdet arbeidstakerne at hovedansettelsesavtalene hadde blitt fortrent av den nyere arbeidsavtale inngått med datterselskapet.

Datterselskapet utøvde en rekke arbeidsgiverfunksjoner, så som å gi instruksjoner og hadde ansvaret for overholdelse av arbeidsmiljølovgivningen. Arbeidstakerne anførte at dette bekreftet at det var inngått nye og selvstendige arbeidsforhold med datterselskapet. Retten kom imidlertid til at både det norske og det utenlandske selskapet var arbeidsgivere, og at det kanskje var naturlig å anse ansettelsesforholdet for å være knyttet til konsernet som sådan. Avtaleforholdene kunne fungere sideordnet med hverandre, og ansettelsesforholdet med datterselskapet var egentlig forankret i hovedansettelsesavtalen i og med at denne påla arbeidstakerne flytteplikt. Dommen er et eksempel på at en annen enn den formelle arbeidsgiver kan anses som arbeidsgiver på avtalemessig grunnlag. Dommen er også et eksempel på at flere kan anses som arbeidsgivere, og at en arbeidsavtale ikke nødvendigvis fortrenger en annen.

Rt. 1990.1126 er et annet eksempel på at delt arbeidsgiveransvar på avtalemessig grunnlag. Arbeidstakeren hadde opprinnelig vært ansatt i et morselskap, men arbeidsforholdet ble overført til et nyopprettet datterselskap. At arbeidstaker nå skulle anses som ansatt i datterselskapet, fulgte av en avtale mellom morselskapet og arbeidstaker. Nevnte avtale ga i tillegg arbeidstaker rett til å gjeninntre i morselskapet dersom arbeidsforholdet mellom ham og datterselskapet opphørte. Arbeidstakers lønns- og pensjonsforhold var også regulert i avtalen. Lønn ble imidlertid utbetalt av datterselskapet. Av avtalen fulgte videre at arbeidstaker var forpliktet til å rette seg etter morselskapets instruksjoner. Etter en tid ble det besluttet at datterselskapets virksomhet skulle overtas av et annet selskap, og at datterselskapet skulle legges ned. Som følge av

dette ble arbeidstaker oppsagt. Han hevdet at oppsigelsen var usaklig etter aml. § 60 nr. 2, og at både mor- og datterselskap var hans arbeidsgivere slik at oppsigelsens saklighet måtte vurderes mot begge. Retten mente det var klart at arbeidstaker var ansatt i datterselskapet; dette fulgte av avtalen med morselskapet. I tillegg ble morselskapet ansett som arbeidsgiver ut fra en vurdering av de plikter og rettigheter som forelå mellom arbeidsgiver og morselskapet. At flere rettssubjekter kan anses som arbeidsgivere ble lagt til grunn av retten på s. 1133-34:

”Jeg bemerker at jeg ikke kan se at det etter arbeidsmiljøloven er noe til hinder for å anse et datterselskap og et morselskap for å ha felles arbeidsgiveransvar hvor arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom begge selskaper slik det her er tilfelle”.

Resultatet ble også begrunnet i forholdet mellom mor- og datterselskap. Det var morselskapet som hadde besluttet nedleggelse, og det hadde slik myndighet i egenskap av å være eneaksjonær i datterselskapet. Datterselskapet var for øvrig et rent markedsførings- og salgsselskap for de forskjellige divisjonene innen morselskapet. Morselskapets utøvelse av bestemmende innflytelse over datterselskapet, fikk således virkninger for arbeidstakers arbeidsforhold.

Når det gjelder felles arbeidsgiveransvar med grunnlag i avtale, mener Jakhelln at Rt. 1989.231 og Rt. 1990.1126 oppstiller en presumsjon for at arbeidsforholdet ikke er begrenset til den formelle arbeidsgiver dersom arbeidstaker har en rett eller plikt til å flytte mellom flere samarbeidende selskaper, se nærmere Jakhelln (2004)a på s. 87-88. Hvorvidt dette er tilfelle, tar jeg ikke nærmere stilling til.⁴⁹ Det må uansett være rimelig klart at felles arbeidsgiveransvar kan oppstå i tilfeller hvor to arbeidsavtaler kan fungere sideordnet av hverandre, uavhengig av om avtalen pålegger arbeidstaker flytterett/-plikt eller ikke.

Disse to avgjørelsene illustrer to poenger; arbeidsgiveransvar for andre enn den formelle arbeidsgiver kan ha avtalemessig grunnlag. For det annet viser avgjørelsene at flere kan være arbeidsgivere for samme arbeidstaker i samme arbeidsforhold.

⁴⁹ Det kan imidlertid spørres om resultatet ville blitt et annet i Rt. 1990.1126 dersom arbeidstaker ikke var gitt en gjeninntredelsesrett overfor morselskapet, men avtalen likevel ga arbeidstaker visse rettigheter og plikter overfor morselskapet, slik som instruksjonsrett, fastsettelse av lønns- og pensjonsforhold m.m.

3.3 Utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner

3.3.1 Innledning

Jeg vil i det følgende se nærmere på tilfeller hvor man har pålagt arbeidsgiveransvar uten at dette har hatt et avtalemessig grunnlag. En fellesnevner for slike tilfeller er at et annet rettssubjekt enn den formelle arbeidsgiver har utøvet arbeidsgiverfunksjoner overfor arbeidstaker. I kapittel 1.4 ble arbeidsgiverfunksjoner definert som disposisjoner arbeidsgiver har rett eller plikt til å foreta i egenskap av å være arbeidsgiver. Når det er tvil om hvem som er arbeidsgiver, kan utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner være en indikasjon. Spørsmål kan oppstå dersom en annen enn den formelle arbeidsgiver utøver arbeidsgiverfunksjoner i stedet for eller i tillegg til den formelle arbeidsgiver. Skal man da legge det reelle forhold til grunn? Resultatet av at man legger det reelle forhold til grunn, er at man "skjærer gjennom" det formelle arbeidsforholdet. Å skjære gjennom det formelle forhold er fra selskapsrettens område kjent som gjennomskjæring eller ansvarsgjennombrudd. I selskapsretten er dette aktuelt i forbindelse med spørsmål om aksjeeierne kan være ansvarlige for aksjeselskapets forpliktelser.⁵⁰ Aksjeselskapsformen innebærer at eierne ikke er ansvarlige for mer enn sitt innskudd, og ansvarsgjennombrudd medfører at man ser bort fra aksjeeiernes ansvarsbegrensning.⁵¹

Overført til arbeidsrettens område kan det spørres om et rettssubjekt kan hefte for et annet rettssubjekts arbeidsgiveransvar, og på denne måte ta del i arbeidsgiveransvaret. I praksis er det lagt til grunn at gjennomskjæring kan være et grunnlag for

⁵⁰ Det kan spørres om det er noen materiell forskjell på begrepene "gjennomskjæring" og "ansvarsgjennombrudd" på selskapsrettens område. Andenæs (1998) synes på s. 43-44 å legge en viss materiell forskjell til grunn. I følge ham innebærer gjennomskjæring å skjære gjennom selskapsformen, mens ansvarsgjennombrudd vil si at man skjærer gjennom aksjeeiernes ansvarsbegrensning. Hagstrøm (2003) synes på s. 92-101 å legge til grunn at gjennomskjæring og ansvarsgjennombrudd er det samme.

⁵¹ Jf. Andenæs (1998) s. 44. I følge Rt. 1996.672 og Rt. 1996.742 er det omtvistet om det finnes noen slik regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Hvis ansvarsgjennombrudd skal kunne skje, er det i praksis oppstilt to forutsetninger. For det første må det fremstå som urimelig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og for det annet må det ha skjedd en sammenblanding mellom selskapene som medfører at det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. Under enhver omstendighet må det være klart at det *"kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakerne – aksjonærene ..."* jf. Rt. 1991.119 på s. 123.

arbeidsgiveransvar.⁵² Hva som kan begrunne gjennomskjæring i forhold til arbeidsgiveransvaret, er ikke klart. Gjennomskjæring er ikke et begrep med fastlagt innhold, det er betegnelsen på et resultat og angir ikke hvilket grunnlag som kan tenkes brukt. Jeg vil i det følgende se nærmere på tilfeller hvor gjennomskjæring av det formelle arbeidsforhold har blitt resultatet. Grunnlagene for dette kan grovt inndeles i fire; utøvelse av bestemmende innflytelse, identifikasjon mellom flere foretak, proforma og omgåelse av arbeidsgiveransvaret. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at vurderingen er sammensatt, og at det av avgjørelsene ikke alltid fremgår klart hvilket grunnlag som er avgjørende. Inndelingen nedenfor er et forsøk på å oppstille enkelte typetilfeller og kan tjene som utgangspunkter for vurderingen av om flere eller en annen enn den formelle arbeidsgiver skal anses som arbeidsgiver.

3.3.2 Et rettssubjekts dominerende rådighet over et annet

Et eksempel på at et annet rettssubjekt enn den formelle arbeidsgiver tok del i arbeidsgiveransvaret, er dommen inntatt i Rt. 1937.21. Her ble en bank, i egenskap av å være panthaver, ansett som solidarisk ansvarlig med arbeidsgiver for et hyrekrav. Bakgrunnen for dette var at banken traff en rekke beslutninger som fikk betydning for ansettelsesforholdet til sjømenn formelt ansatt i et skipsaksjeselskap. Skipsaksjeselskapets vesentligste aktivum var det skip sjømennenes arbeidsforhold var knyttet til. Skipet var betydelig overbeheftet med pantegjeld til banken. På dette grunnlag tvang banken gjennom et disponent- og kapteinskifte. Den nye disponenten måtte konferere med banken i alle spørsmål vedrørende skipets drift og selskapets anliggender. Så besluttet banken at skipet skulle selges. Sjømennene fikk da krav på ekstra hyre og hevdet at banken var solidarisk ansvarlig med skipsaksjeselskapet med hensyn til betaling av hyren. Retten kom til at banken hadde solidaransvar med den formelle arbeidsgiver fordi *”panthaver faktisk hadde hånd og hals over skibets drift og avgjørelsen ved skibets salg”* (s. 25).

Dommen er et eksempel på at hvor noen utøver en rådighet som er helt avgjørende for arbeidsforholdets eksistens, så kan dette medføre arbeidsgiveransvar. Banken utøvde

⁵² Se for eksempel Borgarting lagmannsretts dom 04.05.2000 (LB-1999-03137), RG 2004.255 (Frostating) og Frostating lagmannsretts dom 16.12.99 (LF-1999-00261).

arbeidsgiverfunksjoner ved at den hadde den reelle kontroll over arbeidsgiver, og således traff avgjørelser vedrørende sjømennenes arbeidsforhold. Dommen er også et eksempel på at arbeidsgiveransvaret ble delt mellom den formelle arbeidsgiver og banken (som hadde dominerende rådighet). Det kan på denne bakgrunn slås fast at utøvelse av dominerende innflytelse *kan* medføre at arbeidsgiveransvaret blir delt mellom flere rettssubjekter.

Det er imidlertid neppe tilstrekkelig at et foretak har bestemmende innflytelse over et annet; et slikt utgangspunkt ville medført at ethvert morselskap ble ansett som arbeidsgiver for datterselskapets ansatte. Tvert om er utgangspunktet det motsatte; ethvert selskap i et konsern anses som en selvstendig enhet.⁵³ At bestemmende innflytelse i seg selv ikke er tilstrekkelig til å pålegge arbeidsgiveransvar, er eksplisitt lagt til grunn i en rekke avgjørelser.⁵⁴ I Rt. 1937.21 var imidlertid bankens bestemmende innflytelse over skipsaksjeselskapet så sterk at det i realiteten var banken som drev selskapet. Vesentlige beslutninger vedrørende driften av selskapet var flyttet ut av selskapet og over til banken. Den formelle arbeidsgiver hadde ingen muligheter til å ivareta arbeidstakernes interesser; selskapet var totalt dominert av banken. Bankens innflytelse ble videre brukt for å sikre sine egne interesser.

Et annet eksempel på at utøvelse av rådighet som er avgjørende for arbeidsforholdets eksistens kan medføre arbeidsgiveransvar, er dommen inntatt i Rt. 1995.270. I denne saken var det spørsmål om de ansatte i et foretak som var tatt i tvangsbruk hadde oppsigelsesvern overfor tvangsbrukeren; med andre ord om tvangsbrukeren kunne anses som de ansattes arbeidsgiver. Retten mente at ved avveiningen mellom arbeidstakernes og tvangsbrukerens interesser, måtte hensynet til arbeidstakerne tillegges størst vekt med bakgrunn i arbeidsmiljølovens formål om å skape trygge tilsettingsforhold for arbeidstakerne. Resultatet ble derfor at tvangsbrukeren var å anse som arbeidsgiver og at arbeidstakerne hadde oppsigelsesvern overfor ham. På s. 274 uttalte retten at arbeidsgiveransvaret var overtatt av tvangsbrukeren, og det ble således lagt til grunn at

⁵³ Andenæs (1998) s. 489.

⁵⁴ Se RG 1998.1415 (Tønsberg), RG 2003.1342 (Oslo), kjennelse fra Borgarting lagmannsrett 15.09.98 (LB-1998-01906) og dom fra Borgarting lagmannsrett 04.05.00 (LB-1999-03137).

tvangsbrukeren alene var arbeidsgiver. Dommen viser at hvor et rettssubjekt i praksis utøver den bestemmende innflytelse over arbeidstakernes arbeidsforhold, kan dette medføre at man anses som arbeidsgiver.

I RG 1998.1415 (Tønsberg) illustreres også at et selskap kan ha så stor innflytelse over et annet at det blir totalt dominert. I denne saken var det spørsmål om et mor- og et datterselskap var å anse som arbeidsgivere overfor en rekke oppsagte arbeidstakere. Arbeidstakerne var formelt ansatt i et datterselskap som skulle nedlegges. Beslutningen om nedleggelsen var fattet i datterselskapet, men den direkte årsaken var at morselskapet ikke lenger ønsket å kjøpe datterselskapets produkter. Morselskapet hadde således avgjørende innflytelse i forhold til om datterselskapet hadde et marked for sine produkter. Resultatet i saken var at arbeidsgiveransvaret ble ansett å være delt mellom mor- og datterselskap. Avgjørende for resultatet var at morselskapet, gjennom å stanse bestillingene, hadde fattet en beslutning som reelt førte til at datterselskapet måtte nedlegge deler av sin aktivitet. Retten mente videre at beslutningen om å stanse bestillingene var et ledd i morselskapets industripolitikk, som medførte en *”villet nedleggelse av sentrale deler av et datterselskaps virksomhet, med derpå følgende masseoppsigelser”* (s. 1442). Retten la til grunn at morselskapet hadde utøvet arbeidsgiverfunksjoner ved beslutningen om å stanse ordrer til datterselskapet. Både mor- og datterselskap ble på denne bakgrunn ansett som arbeidsgivere.

Jeg har ovenfor vist at et rettssubjekts dominerende innflytelse over et annet, kan medføre at man anser det dominerende foretak for å utøve arbeidsgiverfunksjoner overfor arbeidstakerne. Forutsetningen må være at rettssubjektet har gjort noe utover å utøve bestemmende innflytelse; det må direkte ha hatt innflytelse på arbeidsforholdet. På denne bakgrunn kan man skjære gjennom det formelle arbeidsforhold slik at arbeidsgiveransvaret blir delt mellom flere rettssubjekter.

3.3.3 Identifikasjon mellom to rettssubjekter

For aksjeselskaper er utgangspunktet at hvert selskap utgjør en selvstendig selskapsrettslig enhet.⁵⁵ Det kan imidlertid være tilfeller hvor man skjærer gjennom selskapsformen på en slik måte at et rettssubjekt identifiseres med et annet.⁵⁶ Gode grunner taler for at dette selskapsrettslige prinsippet må kunne anvendes analogisk ved spørsmål om hvem som er arbeidsgiver. Også med hensyn til stillingsvernet kan det være aktuelt å identifisere et foretak med et annet, slik at også det annet foretaket anses som ansvarlig overfor arbeidstaker.

I Gulating lagmannsretts dom 27.02.98 (LG-1997-00754) var det spørsmål om to selskaper kunne identifiseres, slik at de ble felles ansvarlig for oppsigelsen av en arbeidstaker som formelt bare var ansatt i det ene selskapet. Bakgrunnen for en slik identifikasjon var at det forelå en så sterk binding mellom de to selskapene at de i realiteten var å anse som ett foretak. Retten kom til at selskapene var å anse som *”samme virksomhet og som felles ansvarlig som arbeidsgiver for Økland [den oppsagte]”*. Ved avgjørelsen la retten vekt på at selskapene utad hadde fremstått som en enhet med felles kontorer, administrasjon, regnskap, telekommunikasjon m.m. Det ble vist til at eieren og hovedaksjonæren i en henvendelse til offentlige myndigheter hadde lagt til grunn at foretakene ikke kunne anses som to skattesubjekter fordi det var så nær sammenheng mellom dem. Retten mente at dette indikerte hvordan foretakene hadde blitt oppfattet utad. Videre hadde den oppsagte arbeidstakeren utført arbeid hos begge selskapene og var internt oppfattet som ansatt i begge. I og med at selskapene hadde samme eier, er det grunn til å anta at styringsretten ble utøvet uavhengig av de formelle skiller mellom foretakene. På denne bakgrunn fant retten at *”her er det så nær sammenheng mellom selskapene, både innad og utad som beskrevet ovenfor, og Økland har hatt en så viktig rolle og omfattende arbeid begge steder, at man i denne sammenheng må se det som en virksomhet”*. I forhold til gjennomskjæring, illustrerer dommen at et foretak kan få arbeidsgiveransvar på bakgrunn av identifikasjon med den formelle arbeidsgiver.

⁵⁵ Andenæs (1998) s. 489.

⁵⁶ Se for eksempel Andenæs (1998) s. 44.

En liknende avgjørelse er Frostating lagmannsretts dom inntatt i RG 2004.255. Her ble spørsmålet om gjennomskjæring tatt opp eksplisitt. To arbeidstakere, formelt ansatt i et datterselskap av Adresseavisen, hevdet at også Adresseavisen var å anse som deres arbeidsgiver. Bakgrunnen var at arbeidstakerne hadde utført arbeid for avisen. Flertallet på fire dommere bemerket at *”[d]en valgte struktur og nære tilknytning kan gi grobunn for gjennomskjæring. Det kommer an på situasjonen, hva slags arbeid Telefontjenestens [den formelle arbeidsgiver] ansatte utførte og hvor involvert ledelse og ledere i Adresseavisen var i organisering og kontroll, både av deres hverdag og mer overordnet av selskapet”* (s. 266). Uttalelsen angir relevante momenter for vurderingen av om gjennomskjæring kan være et grunnlag for å pålegge flere enn den formelle arbeidsgiver ansvar. Flertallet mente at det hadde vært en nær tilknytning mellom selskapene, og at de formelle (og reelle) skiller mellom de to selskapene ikke hadde blitt ivarettatt: *”En særdeles sterk tilknytning mellom mor- og datterselskapet illustreres av organisering og struktur og mangel på formaliteter.”*⁵⁷ Datterselskapet ble oppfattet som en del av morselskapet og ikke som en selvstendig enhet. Arbeidet datterselskapets ansatte utførte, var det samme som det morselskapets ansatte utførte.

Dommen illustrerer for øvrig mangfoldet av momenter som kan tas i betraktning ved vurderingen av om noen annen enn den formelle arbeidsgiver kan anses som arbeidsgiver. Til dels ble det lagt vekt på at virksomheten i de to selskapene var felles, og til dels ble det lagt vekt på at morselskapet hadde utøvet arbeidsgiverfunksjoner med hensyn til å instruere og kontrollere arbeidstakerene, tildeling av arbeidsoppgaver og fastsettelse av lønn og ferie. Dommen viser at dersom to selskaper anses for å drive samme virksomhet, og dette medfører at en annen enn den formelle arbeidsgiver utfører arbeidsgiverfunksjoner, så kan man legge det reelle forhold til grunn slik at arbeidsgiveransvaret anses for å være delt.⁵⁸

⁵⁷ RG 2004.255 på s. 266.

⁵⁸ I samme retning Borgarting lagmannsretts kjennelse 27.11.98 (LB-1998-02880) hvor mor- og datterselskaper ble ansett som arbeidsgivere overfor samme arbeidstaker fordi konsernets virksomhet i forhold til arbeidstaker hadde vært drevet uten hensyn til skillet mellom de ulike selskapene, og at arbeidstaker dessuten hadde utført arbeid for alle selskapene.

I følge ovennevnte avgjørelser kan flere anses som arbeidsgivere dersom det er grunn til å identifisere de ulike rettssubjektene med hverandre.⁵⁹ Grunnlag for slik identifikasjon kan være at det ikke har vært opprettholdt skiller mellom rettssubjektene med hensyn til hvor arbeidstaker utfører arbeid. At foretakene utad og innad fremstår som en enhet, gjennom for eksempel felles administrasjon og felles lokaler, kan også være et slikt grunnlag.

3.3.4 Proforma

Et foretak som driver med ulike aktiviteter kan kanskje finne det hensiktsmessig å skille ut enkelte oppgaver til egne foretak. Dette kan skyldes at aktiviteten innebærer økonomisk risiko, at det oppnås skattemessige fordeler ved en utskilling m.m.

I noen tilfeller er opprettelsen av et selskap proforma. Dette innebærer at det som formelt fremtrer som en selvstendig enhet, i realiteten ikke er det. Det kan i slike tilfeller stilles spørsmål om arbeidstaker kan skjære gjennom det formelle arbeidsforholdet og gjøre sine rettigheter som arbeidstaker gjeldende mot det rettssubjekt som har opprettet selskapet.

En kjennelse fra Hålogaland lagmannsrett 26.11.93 (LH-1993-00096) behandlet spørsmålet om man kunne se bort fra det formelle arbeidsforhold fordi arbeidsgiver var et proforma-selskap. Arbeidstakere i et datterselskap fikk dekket lønnskrav etter konkurs i et morselskap. I regressoppgjøret mot morselskapets konkursbo, hevdet Arbeidstilsynet at lønnskravet var berettiget fordi morselskapet i denne relasjonen var den reelle arbeidsgiver.⁶⁰ Retten kom til at den reelle arbeidsgiver, med hensyn til

⁵⁹ Hvorvidt man anser arbeidsgiveransvaret for å være ”felles” i den forstand at man anser foretakene som en enhet også med hensyn til arbeidsgiveransvaret, eller om man anser ansvaret for å være ”dobbel”, i den forstand at flere rettssubjekter har et arbeidsforhold til arbeidstaker, er et definisjonsspørsmål som jeg ikke tar nærmere stilling til.

⁶⁰ Lønnskrav som dekkes i henhold til lønnsgarantiloven (lov 14 desember 1973 nr. 61) meldes til Arbeidstilsynet. Ved utbetaling trer staten inn i arbeidstakerens krav og kan kreve regress fra arbeidsgiver og hans bo jf. lønnsgarantiloven § 6. Ansvar for inndrivelse av regresskravet er delegert til Arbeidstilsynet jf. lønnsgarantiloven § 10 jf. forskrift om statsgaranti for lønnskrav § 4-3.

arbeidstakerenes lønnskrav, var morselskapet. Det var i morselskapet arbeidstakerene hadde utført arbeid, og lønn ble fastsatt og i realiteten utbetalt fra morselskapet. Morselskapet utøvde således arbeidsgiverfunksjonene, mens datterselskapet bare i navnet var arbeidsgiver. Morselskapets utskilling av datterselskapet så ikke ut til å ha realitet. Kjennelsen tar ikke opp spørsmålet om datterselskapet likevel kunne være å anse som arbeidsgiver. Siden kjennelsen kun dreide seg om hvem som var pliktsubjekt i forhold til lønn, er det ikke utelukket at datterselskapet kunne anses som arbeidsgiver i andre relasjoner.

En vurdering av om et utskilt selskap var en proforma-ordning eller ikke, ble også foretatt i dommen i RG 2002.1551(Frostating). Den formelle arbeidsgiver var et datterselskap, men i forbindelse med oppsigelser hevdet to arbeidstakere at morselskapet også måtte anses som arbeidsgivere. Retten vurderte flere grunnlag for at morselskapet kunne anses som arbeidsgiver. Et av disse synes å være gjennomskjæring ut fra en proforma-betraktning. På s.1559 uttalte retten at:

”Utskillingen av Nor-Tronic [datterselskapet og den formelle arbeidsgiver] hadde i høyeste grad realitet. Det dreide seg ikke om omgåelse av loven; utilbørlige transaksjoner i selskapsforhold som ikke tåler dagens lys eller som av andre grunner ikke fortjener lovbeskyttelse.”

På denne bakgrunn ble datterselskapet ansett for å være arbeidsgiver alene.

Avgjørelsene viser at hvis en utskilling til et eget selskap er proforma, så kan arbeidsgiveransvaret gjøres gjeldende overfor det rettssubjekt som har opprettet selskapet. Et foretak som er opprettet proforma, vil nok ikke utøve arbeidsgiverfunksjoner. Man skjærer således gjennom det formelle arbeidsforhold og legger det reelle forhold til grunn.

3.3.5 Illojal omgåelse av arbeidsgiveransvaret

Det kan tenkes tilfeller hvor det formelle arbeidsforholdet er opprettet for å dekke over det reelle arbeidsforhold, slik at den reelle arbeidsgiver på denne måte skal unngå å

komme i en ansvarsposisjon overfor arbeidstaker. Det kan spørres om illojal omgåelse av regler som pålegger arbeidsgiveransvar, kan medføre gjennomskjæring.

Dette var en av problemstillingene i Frostating lagmannsrettsdom 16.12.99 (LF-1999-00261). Sakens spørsmål var om en arbeidstaker som formelt var ansatt i et utleiefirma (Olsten) og innleid i Adresseavisen, kunne anses som ansatt i Adresseavisen fordi innleieforholdet var lovstridig. Selve leiekonstruksjonen var spesiell; Adresseavisen ønsket selv å ansette arbeidstakeren, men bare dersom dette gikk gjennom utleiefirmaet. Til sammen varte arbeidsforholdet i ca. 35 måneder. I følge dagjeldende regler var arbeidsinnleie som utgangspunkt forbudt, men det kunne gjøres unntak fra forbudet. Et av disse unntakene gikk ut på at det kunne leies ut arbeidskraft til kontorarbeid m.m. Unntakene måtte ses i sammenheng med aml. § 58 A, som sier at midlertidige ansettelser bare er lovlig dersom arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften. I følge dagjeldende utleieforskrift kunne det enkelte oppdrag i kontorsektoren maksimalt ha en varighet på 24 måneder. På bakgrunn av at arbeidstaker hadde utført arbeid som ordinært ble utført i virksomheten og at tidsbegrensningen var overtrådt, krevde hun fast ansettelse i Adresseavisen. Det ble anført at Adresseavisen, ved å drive ulovlig innleie, forsøkte å unngå arbeidsgiveransvar. Retten konstaterte brudd på bestemmelsene om arbeidsinnleie og vurderte om dette kunne medføre at *”arbeidsgiveren blir en annen enn den som var arbeidsgiver ifølge den inngåtte avtalen.”* Et slikt resultat fant retten imidlertid ikke rettskildemessige holdepunkter for.⁶¹ I denne anledning kom retten med en interessant uttalelse:

”Lagmannsretten har vurdert om den direkte innleien av Line Nørstrud og den senere bruk av hennes tjenester i vel 35 måneder, det siste året i direkte strid med utleieforskriften, samlet sett må anses som en illojal omgåelse av arbeidsgiveransvaret etter arbeidsmiljøloven. Lagmannsretten bemerker at det må være adgang til gjennomskjæring dersom man står overfor konstruksjoner hvor en arbeidsgiver tar sikte på å fri seg fra dette ansvaret.”

⁶¹ Rettstilstanden er nå endret, slik at ulovlig innleie medfører at den innleide arbeidstakeren anses som ansatt i det innleiende foretaket jf. aml. § 55 K nr. 3 fjerde ledd og nr. 4 fjerde ledd.

Uttalelsen viser at gjennomskjæring kan være aktuelt i tilfeller hvor den reelle arbeidsgiver er en annen enn den formelle og grunnen til at det formelle og reelle arbeidsforhold ikke er samsvarende, er at den reelle arbeidsgiver forsøker å unngå å komme i en ansvarsposisjon overfor arbeidstaker.

3.3.6 Utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner som ikke medfører at man anses som arbeidsgiver

Utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner medfører ikke nødvendigvis at man anses som arbeidsgiver. Styret i et aksjeselskap vil ikke bli ansett som arbeidsgiver selv om det utøver arbeidsgiverfunksjoner overfor selskapets ansatte.⁶²

Andre eksempler på at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner ikke leder til at man anses som arbeidsgiver, er lovlig arbeidsinnleie og franchising.

Arbeidsinnleie reguleres i aml. kapittel XI B. Arbeidstakeren som blir utleid, er formelt ansatt i utleiefirmaet. Mange av arbeidsgiverfunksjonene, slik som ledelse, fordeling og kontroll av arbeidet foretas av leietakeren. Såfremt vilkårene for innleie av arbeidstakere overholdes, er det klart at utleiefirmaet er arbeidsgiver. Ved brudd på disse, kan resultatet imidlertid bli at den innleide anses som arbeidstaker hos leietakeren, se nærmere aml. § 55 nr. 3 fjerde ledd og nr. 4 fjerde ledd.

I følge Norheim (1995) innebærer franchising ”at et foretak utarbeider et helhetlig, detaljert konsept ... for hvordan varer og/eller tjenester skal føres ut til kundene ... og deretter med kontrakt knytter til seg andre foretak ... som er eiermessig selvstendige, men som i et tett, langsiktig samarbeid får rett og plikt til å gjøre bruk at forretningskonseptet i eget navn, ... mot vederlag til konseptets <<eier>>”.⁶³ Franchising kjennetegnes ved at franchisetakeren står i et underordningsforhold til eieren av franchisekonseptet (franchisegiveren). Franchisetakeren må ofte drive virksomheten etter detaljerte retningslinjer fra franchisegiveren.⁶⁴ Dette kan innebære at selv om

⁶² Aml. § 4 annet ledd medfører likevel at styret kan anses ansvarlig på samme måte som arbeidsgiver.

⁶³ Norheim (1995) s. 11.

⁶⁴ Se mer utfyllende i Norheim (1995) s. 8-31.

arbeidstakere formelt er ansatt av franchisetakeren, har franchisegiveren stor innflytelse over deres arbeidsforhold.⁶⁵

3.4 Oppsummering

Avgjørelsene ovenfor viser at flere rettssubjekter kan anses å være arbeidsgivere for samme arbeidstaker. Grunnlagene for dette er avtale og utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner.⁶⁶ Når man anser et annet rettssubjekt enn den formelle arbeidsgiver for å ha utøvet arbeidsgiverfunksjoner, medfører dette at man skjærer gjennom det formelle arbeidsgiverforhold. Arbeidsgiveransvar på grunnlag av at et rettssubjekt har utøvet bestemmende innflytelse over et annet, eller fordi to rettssubjekter identifiseres, ser ut til å lede til felles arbeidsgiveransvar slik at rettssubjektene blir felles ansvarlig for arbeidsforholdets opphør.

I enkelte tilfeller kan det også være aktuelt å helt se bort fra det formelle arbeidsforhold, slik at en annen enn den formelle arbeidsgiver anses som arbeidsgiver alene. Gjennomskjæring på bakgrunn av illojal omgåelse av arbeidsgiveransvaret synes å lede til en slik løsning. Dersom det formelle arbeidsforhold har hatt en viss realitet, er det likevel grunn til å anta at det må foretas en konkret vurdering av om dette kan anses som et arbeidsforhold. I slike tilfeller kan nok deling av arbeidsgiveransvar bli resultatet.

⁶⁵ Det kan nok oppstå spørsmål om franchisegiveren må anses som arbeidsgiver fordi han utøver bestemmende innflytelse overfor franchisetakeren og på denne måte kan treffe avgjørelser med virkning for arbeidstakerne. Jeg nøyer meg med å konstantere at dette kan være et problem.

⁶⁶ Arbeidslivslovutvalget legger i på s. 151 i NOU 2004: 5 til grunn at delt arbeidsgiveransvar har inntrådt hovedsakelig på grunnlag av tre forhold; avtale, utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner og kontraktsmessige uklarheter. Det synes som at inndelingen tar utgangspunkt i mindretallets bemerkninger ad aml. § 4 i NOU 1996: 6 på s. 87. I sistnevnte ble kontraktuelle uklarheter ansett som grunnlag for at andre enn den formelle arbeidsgiver ble ansett som arbeidsgiver, og Rt. 1993.954 ble trukket frem som et eksempel. Uklarheter med hensyn til hvem som er arbeidsgiver, har medført at arbeidsgiveransvaret gis til et annet rettssubjekt enn det som var meningen, se for eksempel Rt. 1993.490 og Rt. 1993.954, men har ikke ført til at arbeidsgiveransvaret har blitt delt mellom flere rettssubjekter. Dette var mindretallet i NOU 1996: 6 oppmerksom på, men det har tydeligvis ikke Arbeidslivslovutvalget vært.

4 Hva er arbeidstakers referanseramme?

4.1 Innledning

Som det fremgår innledningsvis i kapittel 1.1, må man fastlå hva som anses som den virksomhet arbeidstakers rettigheter etter aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd knytter seg til. Et spørsmål er om arbeidstakers referanseramme for omplassering eller ansettelse er knyttet til aktivitetene arbeidsgiver driver innen en organisatorisk ramme (arbeidsgivers aktivitetssfære), og hva som i tilfelle er sammenhengen mellom arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet.⁶⁷ Dette behandles nedenfor i kapittel 4.2. Et annet spørsmål er om arbeidstakers referanseramme kan omfatte aktiviteter drevet i et annet rettssubjekt, med andre ord om virksomheten kan omfatte noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære. Det kan også spørres om virksomheten kan anses å omfatte noe mindre enn arbeidsgivers aktivitetssfære, for eksempel at virksomheten kun omfatter enkelte deler av arbeidsgivers organisasjon. Disse spørsmålene vil jeg se nærmere på i kapitlene 4.3 og 4.4. Først vil jeg imidlertid se på hva som er utgangspunktet for vurderingen av hva som er virksomheten.

4.2 Hva er *virksomheten*?

Utover at det følger av § 2 nr. 1 at loven gjelder for "*enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstakere*", er virksomhetsbegrepet egentlig ikke definert i arbeidsmiljøloven. En rent språklig fortolkning av ordlyden kan tilsi at arbeidsgiver og virksomheten må være det samme, i og med at det uttrykkelig står at det er virksomheten som sysselsetter arbeidstakeren. Forarbeidene sier imidlertid ikke noe om dette, og fastslår i stedet at formuleringen er valgt for angi hvilke typer virksomhet som omfattes; at det er tale om aktiviteter som medfører at arbeidstakere sysselsettes, og at rent private forhold faller utenfor.⁶⁸ Ut fra dette kan det sluttet at begrepet *virksomhet* i aml. § 2 nr. 1 er anvendt for å angi en nedre grense for når loven kommer til anvendelse.

Videre er virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven relativt; det er brukt i flere forskjellige betydninger. I relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 og 67 nr. 1 synes det anvendt for

⁶⁷ Det kan også stilles spørsmål om en utvidet referanseramme medfører at flere anses som arbeidsgivere. Se nærmere kapittel 4.3.1 (i petit).

⁶⁸ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101.

å angi hvilken enhet arbeidstakers rettigheter kan gjøres gjeldende innenfor. I forhold til for eksempel aml. § 24 nr. 5, som sier at ”[a]rbeidsmiljøutvalget skal hvert år avgi rapport om sin virksomhet til virksomhetens styrende organer, arbeidstakernes organisasjoner og Arbeidstilsynet”, er begrepet både brukt som et synonym til aktivitet og for å angi aktivitetssfæren.⁶⁹

En bestemmelse som angir virksomhetens omfang i relasjon til arbeidstakers rettigheter, er aml. § 58 nr. 5 annet ledd sammenholdt med § 58 nr. 2 og 3. Bestemmelsen regulerer oppsigelsesfristens lengde. Utgangspunktet for vurderingen av fristens lengde er den totale tilsetningstid i samme virksomhet, se § 58 nr. 2 og 3. Aml. § 58 nr. 5 annet ledd bestemmer at ved beregning av fristen, skal ”medregnes den tid som arbeidstakeren har vært tilsatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiveren tilhører eller innenfor annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom eierinteresser eller felles ledelse på en slik måte at det vil være naturlig å se tilsettingen i sammenheng”. I denne forbindelse kan det spørres om aml. § 58 nr. 5 annet ledd er uttrykk for at flere foretak, som er knyttet sammen på en slik måte at de utgjør en organisasjon (for eksempel et konsern), anses som deler av samme virksomhet. Forarbeidene til bestemmelsen regulerer ikke hva som anses som samme virksomhet, men sier at hensikten med regelen er å hindre at skifte av arbeidsplass ”innenfor en gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom felles eierinteresser” blir til skade for arbeidstaker ved beregning av ansettelsestid.⁷⁰ Det arbeidstaker oppfatter som sammenhengende ansettelsestid, skal dermed legges til grunn uavhengig av formelle eierforhold.⁷¹ Praxis gir heller ikke grunnlag for å anse aml. § 58 nr. 5 annet ledd som noen definisjon på hva som er samme virksomhet i relasjon til oppsigelsesvernet. Jeg har ikke sett avgjørelser hvor § 58 nr. 5 annet ledd er brukt som argument i forhold til å fastslå hva som anses som virksomheten i aml. § 60 nr. 2 første ledd eller § 67 nr. 1 første ledd. I teorien har flere fastslått at bestemmelsen forutsetningsvis angir hva som ikke er samme virksomhet.⁷² Arbeidslivslovutvalgets mindretall synes å ha lagt en viss

⁶⁹ Se nærmere om relativiteten i Evju (1979)c s. 324.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 70.

⁷¹ Jakhelln (2004)b note 516 til aml. § 58 nr. 5.

⁷² Se for eksempel Evju (1979)c s. 323, Fanebust (2001) s. 155 og Fougner (2003) s. 720.

vekt på aml. § 58 nr. 5 i forhold til hva som anses som samme virksomhet ved at bestemmelsen anvendes som begrunnelse for hvorfor aml. § 4 bør endres. Det følger likevel av mindretallets forslag at ”[n]oe arbeidsgiveransvar for konsernet eller gruppen av virksomheter ut over dette følger imidlertid ikke direkte av bestemmelsen”.⁷³ På denne bakgrunn kan det fastslås at aml. § 58 nr. 5 annet ledd ikke gir noen veiledning ved fastleggelsen av arbeidstakers referanseramme i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd.

Siden virksomhetsbegrepet er relativt, blir det nødvendig å klargjøre hva som er samme virksomhet i relasjon til nettopp aml. §§ 60 nr. 2 og 67 nr. 1. Ordlyden i bestemmelsene gir imidlertid ingen veiledning. Heller ikke i forarbeidene til bestemmelsene er dette vurdert.

I Rt. 1997.623 uttalte førstvoterende, som representant for flertallet, at det ikke var en aktuell problemstilling å vurdere hva som var å anse som virksomheten. Dommen sier likevel noe om hva som anses som virksomheten i relasjon til aml. § 60 nr. 2 (og dermed også i forhold til aml. § 67 nr. 1) fordi oppsigelsen kun ble vurdert opp mot arbeidsgiveren, som i dette tilfellet var senteret. Det ble ikke vurdert om arbeidstakerne hadde rett til omplassering utenfor arbeidsgivers aktivitetssfare, og det må på denne bakgrunn legges til grunn at virksomheten som utgangspunkt kun omfatter den økonomiske virksomhet som skjer innenfor rammen av det rettssubjekt som er arbeidsgiver. I samme retning taler Borgarting lagmannsretts dom 15.12.2000 (LB-1999-02678) hvor det var spørsmål om Oslo kommune kunne anses som én virksomhet. Lagmannsretten uttalte at det var ”klart at virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsgiverfunksjonen, slik at man som utgangspunkt må anse hele arbeidsgiverens organisasjon som én virksomhet”.⁷⁴

⁷³ NOU 2004: 5 s. 162.

⁷⁴ Se også Hålogaland lagmannsretts dom 09.01.84 inntatt i NAD 1984-85.1, hvor en ekspeditør hadde blitt oppsagt fordi den avdeling hvor han jobbet måtte rasjonalisere. Retten kom til at oppsigelsen var usaklig fordi ekspeditøren kunne vært omplassert til en annen avdeling. Dommen viser at hvor arbeidsgivers aktivitetssfare er inndelt i ulike avdelinger, anses avdelingene som deler av samme virksomhet.

Se også Arbeidslivslovutvalgets innstilling i NOU 2004: 5 hvor det på s. 148 legges til grunn at avgrensningen av virksomhetsbegrepet normalt faller sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver, samt Evju (1979)^a som sier at *virksomheten* er en betegnelse på bedriften som sådan, og hele foretaket dermed regnes som én virksomhet.⁷⁵

I forhold til kommunen som arbeidsgiver, er det lagt til grunn at hele kommunen anses som én virksomhet. Dette fremgår av en uttalelse fra Sivilombudsmannen,⁷⁶ samt Borgarting lagmannsretts dom 15.12.2000 (LB-1999-02678).⁷⁷

For staten er det imidlertid lagt til grunn at den enkelte etat er å anse som en egen virksomhet. Jeg viser i denne forbindelse til Hovedavtalen i staten § 40 nr. 2 som sier at *”[m]ed virksomhet menes hver statsetat/institusjon. Etter dette vil f.eks. et departement, en etat og hvert enkelt universitet bli å betrakte som en virksomhet.”*

Når utgangspunktet er at virksomheten kun omfatter den økonomiske aktivitet som drives innenfor rammen av det rettssubjekt som er arbeidsgiver, kan det spørres om det finnes unntak fra dette.

4.3 Kan virksomheten omfatte noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære?

I følge Rt. 1993.345 kan et mor- og et datterselskap anses å være samme virksomhet i forhold til aml. § 60 nr. 2. De ansatte i et morselskap ble oppsagt. Morselskapet eide 51,25 prosent av aksjene i datterselskapet. Grunnen til oppsigelsene var at morselskapet skulle nedlegges som følge av at datterselskapet hadde overtatt produksjonen. De oppsagte hevdet at oppsigelsene var usaklige og gikk til sak der de krevde erstatning.

⁷⁵ Evju (1979)^a s. 12.

⁷⁶ Sak nr. 79/85 inntatt i Sivilombudsmannens årsmelding 1986.26. Saken dreide seg om fortrinnsrett til tilsetting innen en kommune. A hadde blitt oppsagt fra stilling som landbruksvikar i kommunen og krevde fortrinnsrett til ansettelse som rengjøringsassistent i samme kommune. I denne forbindelse uttalte Sivilombudsmannen at han *”vil anta at en kommune, i hvertfall som utgangspunkt, må regnes som samme virksomhet i denne forbindelse”* (s. 27).

⁷⁷ Dommen illustrerer to poenger: for det første at arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet som utgangspunkt er samsvarende og for det annet at hver kommune anses som én virksomhet.

Subsidiært krevde de fortrinnsrett til ny tilsetning i datterselskapet. Morselskapet krevde i forbindelse med saken fratreden ved oppsigelsesfristens utløp, jf. aml. § 61 nr. 4. Byretten hadde i sin avgjørelse lagt vekt på det sannsynlige utfallet av oppsigelsessaken, som ifølge rettens syn var at oppsigelsene ville bli underkjent.⁷⁸ Byretten antok at de oppsagte kunne omplasseres til datterselskapet fordi de to selskapene måtte anses som samme virksomhet, og uttalte i denne forbindelse følgende:

*”Begrepet virksomheten» [sic] i aml. tar sikte på virksomheten i vid forstand/ virksomheten som sådan. Eierforhold og organisasjonsform blir i denne sammenheng underordnet. Retten gir sin tilslutning til det syn at i forhold til datterselskaper innenfor samme konsern, bør utgangspunktet være de rettlige og praktiske muligheter bedriftsledelsen har for å ivareta arbeidstakernes interesser i den konkrete situasjon ...”.*⁷⁹

De oppsagte fikk på denne bakgrunn rett til å stå i stilling i henhold til aml. § 61 nr. 4. Kjennelsen ble påkjært til Eidsivating lagmannsrett som 26.01.93 avsa kjennelse hvor arbeidsgivers krav om fratreden ikke ble tatt til følge. Lagmannsretten sluttet seg til byrettens bemerkninger vedrørende det sannsynlige utfallet av oppsigelsessaken. Retten tiltrådte for det vesentlige byrettens begrunnelse, men føyde til at oppsigelsen kunne være ugyldig etter daværende aml. § 60 nr. 3. I følge bestemmelsen, slik den da lød, var overdragelse av virksomheten fra en eier til en annen ikke alene saklig grunn for oppsigelse. I likhet med byretten anså lagmannsretten selskapene som samme virksomhet. Kjennelsen ble påkjært til Høyesterett, men kjæremålet ble forkastet. Kjæremålsutvalget la til grunn at mor- og datterselskap kunne anses som samme virksomhet i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 og 61 nr. 4.

Bakgrunnen for at de to selskapene ble ansett for å være samme virksomhet, må søkes i byrettens kjennelse. Denne synes å bygge på at bedriftsledelsen hadde rettslige og praktiske muligheter til å ivareta arbeidstakernes interesser. I dette tilfellet var det i arbeidstakernes interesse å bli omplassert eller gis en fortrinnsrett til ansettelse i

⁷⁸ Sarpsborg byretts kjennelse 19.10.92.

⁷⁹ *ibid.* s. 10.

datterselskapet. I og med at morselskapet hadde aksjemajoriteten og dermed flertall i styret, hadde morselskapet mulighet til å instruere datterselskapet til å gi de oppsagte arbeid. Videre hadde mor- og datterselskap felles administrerende direktør, som for øvrig også var styreleder i datterselskapet. Minoritetsaksjonærenes interesser sto ikke i veien for en slik omplassering. Morselskapets mulighet til å utøve bestemmende innflytelse kunne imidlertid ikke i seg selv medføre at selskapene ble ansett som samme virksomhet. En slik situasjon vil i praksis innebære at ethvert foretak med bestemmende innflytelse må vurdere ansettelse av arbeidstakere til et underordnet foretak. I denne kjennelsen må derfor de praktiske muligheter for omplassering eller fortrinnsrett ha hatt avgjørende betydning. Av byrettens kjennelse følger implisitt at arbeidstakerne var kvalifiserte og skikket for arbeidet. Dette er naturlig i og med aktiviteten i mor- og datterselskapet var den samme. Videre kunne det antas at det var behov for arbeidskraft i datterselskapet; av en avisartikkel fremgikk det at datterselskapet antok å ekspandere. Retten uttalte at nedleggelsen av produksjonen i morselskapet hadde et element av industripolitisk styring. Virksomheten i morselskapet ble nedlagt, mens virksomheten i datterselskapet økte. I følge forarbeidene vil ikke enhver rasjonalisering berettige oppsigelser.⁸⁰ Det avgjørende for at selskapene ble ansett som samme virksomhet synes å være at de oppsagte arbeidstakerne rent faktisk kunne ha vært omplassert til datterselskapet.

Et annet eksempel der et rettssubjekts faktiske og rettlige muligheter for omplassering vurderes, er Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 21.01.02 (LB-2001-01965). Arbeidstaker hevdet at oppsigelsen av ham var usaklig. Den formelle arbeidsgiver var selskapet Fontana. Aksjene i Fontana ble kjøpt opp av et foretak som etter hvert bygde opp et konsern bestående av et holdingselskap og flere datterselskaper. I denne forbindelse ble det foretatt en omstrukturering i Fontana. Etter en tid ble det besluttet at Fontana skulle nedlegges og flyttes til et annet sted, og arbeidstakeren ble oppsagt. Han hevdet at både den formelle arbeidsgiver og holdingselskapet (morselskapet) var å anse som arbeidsgivere. Retten ga ham ikke medhold i dette, og ved avgjørelsen ble det lagt avgjørende vekt på at Fontana og morselskapet ikke hadde noen felles virksomhet som

⁸⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

gjorde felles ansvar naturlig. Heller ikke forelå det noe avtalemessig grunnlag som i Rt. 1990.1126. Kun Fontana var å anse som arbeidsgiver i forhold til arbeidstaker.

Saklighetskriteriet i aml. § 60 ble først vurdert opp mot Fontana. I og med at virksomheten var nedlagt, fantes det ingen stilling å omplassere arbeidstaker i. På denne bakgrunn ble oppsigelsen i forhold til Fontana ansett som saklig. Retten begrenset imidlertid ikke vurderingen til bare å gjelde arbeidsgivers virksomhet, men fortsatte videre med å se på *”hvilken mulighet som eksisterte for å sysselsette Cockinakis [arbeidstaker] i andre deler av konsernet, og eventuelt betydningen av den”*. Begrunnelsen for at retten foretok en slik vurdering var at det av *”rettspraksis følger at flere selskaper innen samme konsern kan anses som samme virksomhet i relasjon til arbeidsmiljøloven §60 nr. 2, Det innebærer at det ved saklighetsvurderingen kan tas hensyn til konsernets samlede aktivitet.”* I denne forbindelse ble det vist til juridisk teori som sa at et mor- og et datterselskap etter omstendighetene kan anses som samme virksomhet, og at saklighetsvurderingen i så tilfelle må ta utgangspunkt i konsernets samlede virksomhet.⁸¹ De omstendigheter som her synes vektlagt var de praktiske muligheter for omplassering, jf. uttalelsen om at *”[d]et neste spørsmålet er hvilken mulighet som eksisterte for å sysselsette Cockinakis i andre deler av konsernet ... ”*. Det er nærliggende å trekke en parallell til uttalelsene i Sarpsborg byretts kjennelse 19.10.92 vedrørende de rettslige og praktiske muligheter ledelsen har til å ivareta arbeidstakers interesser. Dette bekreftes av at retten videre foretok en vurdering av om det fantes passende stilling i konsernet, og kom til at det praktisk ikke var mulig å omplassere arbeidstaker. Et interessant aspekt ved denne avgjørelsen er at vurderingen av omplassering ikke begrenset seg til mor- og datterselskapet, men til å gjelde hele konsernet.

⁸¹ Retten henviste til Friberg, Fougner og Holo. *Arbeidsmiljøloven*. (1998).

Ut fra avgjørelsene ovenfor kan det slutes at virksomheten kan omfatte noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære. Forutsetningen for dette er at et selskap har mulighet til å formelt beslutte ansettelse og at ansettelse rent praktisk er mulig.⁸²

4.3.1 Hvor virksomheten omfatter noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære – anses flere som arbeidstakers arbeidsgiver?

I Rt. 1993.345 ble både mor- og datterselskapets aktivitetssfære ansett som *virksomheten*. Som nevnt ovenfor var morselskapet formelt arbeidsgiver. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om også datterselskapet ble ansett som arbeidsgiver fordi det forutsetningsvis hadde en plikt til å ansette arbeidstaker.

Verken kjennelsene fra de underliggende domstoler eller fra Høyesterett behandler dette eksplisitt. Avgjørende for resultatet var det sannsynlige utfallet av oppsigelsessaken. Dersom oppsigelsen ble ansett usaklig, kunne dette medføre at arbeidstakerne fikk rett til ansettelse i datterselskapet på bakgrunn av de oppsagtes påstand om omplassering og subsidiært fortrinnsrett til ansettelse i datterselskapet.⁸³ Dersom arbeidstakerne fikk medhold i dette, ville datterselskapet bli deres arbeidsgiver. Rettens presumsjon for usaklige oppsigelser fordi arbeidstakerne kunne omplasseres, kan nok ses som et uttrykk for at arbeidsgiveransvaret ikke bare var begrenset til det selskap hvor arbeidsgiver var ansatt. Ved faktisk omplassering eller ny ansettelse må det uansett være klart at datterselskapet ville bli arbeidsgiver for de oppsagte. Jeg anser imidlertid Rt. 1993.345 for å si noe om hva som er *virksomheten* og ikke hvem som er arbeidsgiver. Om datterselskapet ble ansett som arbeidsgiver, er etter min mening usikkert.

I Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 21.01.02 (LB-2001-01965), som har et lignede saksforhold som Rt. 1993.345, synes det i alle fall klart at kun Fontana var arbeidsgiver. Til tross for at morselskapet hadde plikt til å vurdere omplassering, medførte dette ikke at selskapet ble ansett som arbeidsgiver.

På denne bakgrunn er konklusjonen at felles virksomhet ikke i seg selv medfører at flere anses som arbeidsgivere.

⁸² Flere avgjørelser hvor det har blitt lagt til grunn at flere foretak anses som deler av samme virksomhet er bl.a. RG 1994.688 (Hålogaland), RG 1996.463 (Gulating), RG 2001.1138 (Borgarting) og NAD 1988.1222 (Oslo).

⁸³ Sarpsborg byretts kjennelse 19.10.92 s. 6.

4.4 Kan virksomheten omfatte noe mindre enn arbeidsgivers totale aktivitetssfære?

Spørsmål om hva som regnes som én og samme virksomhet oppstår gjerne i tilfeller hvor et foretak er oppdelt i ulike avdelinger som ikke nødvendigvis henger tett sammen, verken med hensyn til arbeidsoppgaver eller geografisk. Verken forarbeidene til arbeidsmiljøloven eller arbeidervernloven tar opp spørsmål som oppstår i denne forbindelse. Betydningen for arbeidstakers rettigheter og plikter tas heller ikke opp. Ved for eksempel nedskjæringer eller rasjonaliseringer kan det tenkes at arbeidsgiver ønsker å legge ned en hel avdeling, og at en del ansatte må sies opp. Hvis man legger til grunn at virksomheten og arbeidsgiver er samsvarende, vil omplassering i forhold til aml. § 60 nr. 2 vurderes opp mot den økonomiske aktivitet som skjer innenfor rammen av det rettssubjekt som er arbeidsgiver. De ansatte ved den avdeling som skal nedlegges, må derfor vurderes omplassert innen hele foretaket. Noe annet vil innebære at *virksomheten* anses å være noe mindre enn arbeidsgivers aktivitetssfære.⁸⁴

Et annet tilfelle, hvor man kan spørre om virksomheten kan anses som noe mindre enn arbeidsgivers totale aktivitetssfære, er hvor arbeidsgiveransvaret er delt mellom flere rettssubjekter. Skal man da legge den samlede aktivitetssfæren for arbeidsgiverne til grunn ved vurderingen, eller kan man legge til grunn at bare deler av aktivitetssfæren anses som den virksomhet arbeidstakers rettigheter relaterer seg til?

Hva som anses som den aktuelle virksomhet, er berørt i dommen inntatt i Rt. 1992.776, som gjaldt oppsigelser etter omorganiseringer i Sparebanken Nord-Norge. Banken var organisert med et hovedkontor og flere avdelingskontorer med underliggende filialer. På grunn av bankens vanskelige økonomiske stilling, ble det bestemt at enkelte filialer skulle nedlegges. I samråd med de tillitsvalgte ble det besluttet å si opp de ansatte ved de nedlagte filialene. De oppsagte ved en av filialene hevdet at oppsigelsene var

⁸⁴ I følge Fougner mfl. (2003) s. 266 flg. er arbeidstakers stillingsvern ved nedbemanninger knyttet til virksomheten. Spørsmålet i disse tilfellene er om utvelgelsen skal foretas for alle arbeidstakerne under ett, eller om utvelgelseskretsen kan begrenses til de enkelte deler av foretaket. Dette faller utenfor oppgavens redegjørelse for virksomhetsbegrepet i relasjon til omplassering eller fortrinnsrett, og spørsmålene behandles derfor ikke nærmere.

usaklige jf. aml. § 60 nr. 2, primært fordi det ikke hadde blitt foretatt noen individuell vurdering i henhold til aml. § 60 nr. 2 første ledd annet punktum. Bestemmelsen pålegger arbeidsgiver å foreta en avveining mellom arbeidstakers og virksomhetens interesser ved oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringer. I følge forarbeidene innebærer dette at ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger oppsigelser, samt at avveiningen skal skje i forhold til den enkelte arbeidstaker.⁸⁵

Videre hevdet arbeidstakerne at oppsigelsene var usaklige fordi plikten til omplassering etter aml. § 60 nr. 2 første ledd første punktum ikke hadde blitt oppfylt. Høyesterett kom enstemmig til at oppsigelsene var saklige. Ved avveiningen mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser, var det klart at bankens økonomiske situasjon berettiget oppsigelser. Ved de filialvise oppsigelsene hadde banken *”på best mulig måte... [søkt] å sikre både bankens og de ansattes interesser”* (s. 781).

Retten vurderte videre om banken hadde oppfylt sin plikt til å vurdere omplassering etter aml. § 60 nr. 2 første ledd. Banken hadde besluttet at omplassering skulle vurderes innen det enkelte avdelingskontor. I realiteten medførte dette at arbeidstakers rettigheter til omplassering i *”virksomheten”*, jf. aml. § 60 nr. 2 første ledd, ble begrenset til det enkelte avdelingskontor. Spørsmålet for Høyesterett ble dermed om det var saklig at de enkelte deler av virksomheten ble vurdert hver for seg. I denne forbindelse uttalte retten følgende:

*”Hvilke kriterier man skulle bygge på ved gjennomføringen av de nødvendige oppsigelser, måtte bero på en vurdering. Det må imidlertid stilles saklighetskrav ved avgjørelsen av hvem som skal oppsies, jf Rt. 1986 side 879, og det må kreves at de retningslinjer man kommer frem til, blir fulgt.”*⁸⁶

Saklighetsvurderingen tok utgangspunkt i tre forhold: for det første at filialene var geografisk atskilt, for det annet at ansettelsene var knyttet til det enkelte avdelingskontor og for det tredje at *”utvelgelsen”* skjedde i samråd med de tillitsvalgte.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

⁸⁶ Rt. 1992.776 på s. 782.

Om forskjellige deler av en virksomhet, som dekker et vidt geografisk område, skal anses som egne enheter ved vurderingen av hva som er virksomheten i relasjon til aml. §§ 60 nr. 2 og 67 nr. 1, kan synes naturlig. Et slikt utgangspunkt følger likevel verken av loven eller forarbeidene. Vektleggingen av at ansettelsene var knyttet til det enkelte avdelingskontor, innebærer en innsnevring av virksomhetsbegrepet til å omfatte bare en del av den juridiske enhet.⁸⁷ Mange ansettelse i deler av større organisasjoner er knyttet til den enkelte avdeling, uten at man nødvendigvis automatisk kan fastslå at dette innebærer at omplasseringsmuligheter eller fortrinnsretten er begrenset til den enkelte avdeling. Et nærliggende eksempel er større kommuner, hvor ansettelsene gjerne vil være knyttet til den enkelte etat uten at dette medfører at etaten utgjør rammen for virksomheten. Hensyn til beskyttelse av arbeidstaker taler forøvrig mot en slik snever forståelse av virksomhetsbegrepet, fordi et foretak ikke bør kunne omgå reglene om omplassering eller fortrinnsrett ved å dele inn foretaket i små enheter.⁸⁸

Det spesielle i Rt. 1992.776 var imidlertid at *”banken, slik den da forelå, hadde sitt utgangspunkt i nylig gjennomførte fusjoner av en rekke lokalbanker”* (s. 782). En rekke av avdelingsbankene hadde tidligere vært selvstendige rettssubjekter, og ikke deler av en større organisasjon. På denne bakgrunn hadde nok avdelingsbankene fortsatt en relativt selvstendig stilling med hensyn til ansettelse, utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner og så videre. Det kan også ha hatt betydning at de ansatte betraktet ansettelsesforholdet som knyttet til avdelingsbankene, og ikke til Sparebanken Nord-Norge som sådan.

En nedbemanning som skjer i samråd med de tillitsvalgte, vil normalt ha vært gjenstand for en avveining mellom ulike interesser, deriblant en avveining mellom arbeidstakerne. De tillitsvalgtes tilslutning til bankens fremgangsmåte, kan nok være begrunnet i en slik avveining mellom de forskjellige arbeidstakernes interesser. En snever forståelse av

⁸⁷ Se Dege (2003) s. 44 om regionkontorer.

⁸⁸ Her må for øvrig saklighetsvurderingen spille inn: avdelingsvise oppsigelser bør ikke kunne brukes for å dekke over en usaklig utvelgelse, for eksempel ved å overføre arbeidstakere man ønsker å si opp til en egen enhet som så nedlegges.

virksomhetsbegrepet vil beskytte en del arbeidstakere, nemlig de som ikke var tilknyttet den aktuelle enheten.

Fordi retten kom til at utvelgelseskriteriene var saklige, kom den også til at de ansatte ikke hadde rett til ledige stillinger ved andre avdelingskontorer. I forhold til den ene arbeidstakeren uttalte retten på s. 782 følgende: *”Det kunne ikke anses usaklig at banken fant å måtte holde seg til de generelle retningslinjer som var fastsatt, og at hun derfor ikke ble tilbudt stilling innen Harstad avdelingskontors område.”* Selv om det kunne være rimelig at de oppsagte ble vurdert flyttet til andre avdelingskontorer, hadde banken forholdt seg til de fastsatte retningslinjer. For retten var det avgjørende at kriteriene for utvelgelse var saklige og at banken hadde håndtert kriteriene konsekvent, se nærmere Rt. 1992.776 s. 783.

Dommen må anses som et eksempel på at man i enkelte tilfeller kan se på de ulike deler av foretaket separat, med andre ord at de enkelte deler av foretaket utgjør rammen for virksomheten. Dette kan igjen ha betydning for arbeidstakers referanseramme med hensyn til omplassering eller fortrinnsrett. Rt. 1992.776 setter opp visse rammer for vurderingen av når en slik fremgangsmåte er berettiget. Et kriterium ser ut til å være at den enkelte del av foretaket har hatt en særlig selvstendig stilling. Hvor arbeidsgiver driver flere økonomiske aktiviteter, kan vurderingen for hva som er *virksomheten* således ta utgangspunkt i de kriterier som fremgikk av Rt. 1992.776. Det er nærliggende å anta at dette også kan gjelde i tilfeller hvor arbeidstaker har flere arbeidsgivere. I praksis kan dette innebære at hver avdeling eller kontor i et foretak anses som egne virksomheter.

4.5 Oppsummering

Avgjørelsene ovenfor viser at det oppstilles et utgangspunkt om at virksomheten er den enkelte arbeidsgivers aktivitetssfære. Dersom en arbeidstaker har flere arbeidsgivere, er virksomheten arbeidsgivernes samlede aktivitetssfære. Det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet, slik at virksomheten anses som noe mer eller mindre enn arbeidsgivers totale aktivitetssfære.

Tilfeller hvor virksomheten anses som noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære er når et rettssubjekt har praktiske og rettslige muligheter for å ivareta arbeidstakers interesser i den konkrete sak, for eksempel fordi et selskap kan utøve bestemmende innflytelse over et annet, og det ikke foreligger praktiske hinder for å omplassere eller ansette arbeidstaker i et annet foretak.

I de tilfellene hvor virksomheten har blitt ansett for å bare omfatte en del av et foretak, har dette vært begrunnet i at de aktuelle delene på en eller annen måte har vært atskilt. Vurderingen av om ulike deler er atskilte kan ta utgangspunkt i den geografiske avstanden (for eksempel regionkontorer) eller at de ulike delene har forskjellige arbeidsoppgaver. I slike tilfeller har det også stor betydning om de tillitsvalgte godkjenner vurderingen.

5 Flere arbeidsgivere eller samme virksomhet – hvem har hvilke plikter overfor arbeidstaker?

5.1 Innledning

Spørsmålet her er hvem som har plikt til å vurdere omplassering eller ansettelse på bakgrunn av fortrinnsrett. Et selvsagt svar er arbeidsgiver, men løsningen er ikke opplagt i tilfeller hvor flere anses som arbeidsgivere eller virksomheten anses å være noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære.

Kapittel 6.2 omhandler tilfeller hvor flere er arbeidsgivere for samme arbeidstaker, mens kapittel 6.3 omhandler tilfeller hvor arbeidstaker har en arbeidsgiver, men arbeidstakers referanseramme anses å være større enn arbeidsgivers aktivitetssfære.

5.2 Hvor arbeidstaker har flere arbeidsgivere

Et naturlig utgangspunkt er at hver arbeidsgiver har plikt til å vurdere omplassering eller nyansettelse innen sin virksomhet, eventuelt innen sin del av virksomheten.

Vurderingen av om det fantes annet passende arbeid eller stilling ble i Rt. 1990.1126 foretatt overfor både mor- og datterselskapet. Datterselskapet hadde overført sin

virksomhet til et nytt selskap. I denne forbindelse la retten til grunn at arbeidsgiver hadde vurdert om arbeidstaker kunne overføres dit. På s. 1133 følger det at ”[j]eg kan ikke se at Høyesterett har grunnlag for å sette til side selskapets vurdering om at Thord Læckstrøm [arbeidstaker] – selv om han var faglig kvalifisert når det gjaldt dieselmotorer – ikke ville være den rette til å lede reorganiseringen av dieselmotorfabrikken Wickmann [det selskapet som overtok datterselskapets virksomhet]”. Videre vurderte retten om det fantes annet passende arbeid i morselskapet. Dette var imidlertid uaktuelt da arbeidstaker ikke ønsket å forlate Norge, mens morselskapet holdt til i Finland.

En annen dom som tar opp hvem som har plikt til å vurdere om det finnes annet passende arbeid, er dommen inntatt i RG 2004.255 (Frostating). Arbeidsgiveransvaret var delt mellom mor- og datterselskap. Her uttalte flertallet på s. 269 at ”[k]onklusjonen innebærer at Adresseavisen og Telefontjenesten [arbeidsgiverne] sammen må finne passende arbeid for Rogstad og Pedersen [arbeidstakerne] i virksomheten”.

Dommene viser at hvor flere anses for å være arbeidsgivere, vil arbeidsgiverne sammen være ansvarlige for å vurdere om arbeidstaker kan tilbys en annen stilling.⁸⁹ Spørsmålet er videre om det kan tenkes unntak fra dette.

I dommen inntatt i ARD 1980.79 kan det synes som at plikten etter aml. § 60 nr. 2 første ledd bare pålår det interkommunale kontoret:

”Arbeidsretten anser det klart at de samarbeidende kommuner, som var de ankende parter reelle arbeidsgivere ... , hadde et selvstendig arbeidsgiveransvar overfor disse. Da styret gikk til oppsigelser, ble denne side ved saken tydeligvis ikke vurdert. Etter Arbeidsrettens oppfatning ville den rette fremgangsmåte ha vært at styret – etter å ha hørt de ankende parter ønskemål –

⁸⁹ I samme retning Gulating lagmannsretts dom 27.02.1998 (LG-1997-00754) hvor arbeidsgiverne var felles ansvarlige for oppsigelsen og RG 1998.1415 (Tønsberg).

hadde fremmet forslag overfor de kommuner som var aktuelle, om overføring av de enkelte funksjoner i samsvar med deres ønsker.”⁹⁰

Dommen gir således uttrykk for at det primært var styret ved kontoret som hadde plikt til å forsøke å omplassere arbeidstakerne; det virket ikke som at de samarbeidende kommunene hadde noe selvstendig ansvar.

Grunnen til at denne dommen skiller seg fra de andre, kan være at styret ved det interkommunale senteret var å anse som ”den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”, jf. aml. § 4 annet ledd. Bestemmelsen gir arbeidsgivers ”stedfortreder” samme plikter som arbeidsgiver, og det er mulig at styret på denne bakgrunn ble ansett som det primære pliktsubjekt. Dette ville være en enklere løsning enn at kommunene på egenhånd måtte forhøre seg om omplassering i forhold til hverandre.

Utgangpunktet må likevel være at hver arbeidsgiver har plikt til å vurdere ansettelse gjennom omplassering eller fortrinnsrett innen sin virksomhet.

5.3 Hvor arbeidstaker har én arbeidsgiver, men arbeidstakers referanseramme er større enn arbeidsgivers aktivitetssfære

Som ovenfor nevnt kan det oppstå spørsmål om hvem som har plikt til å vurdere omplassering eller ansettelse når virksomheten anses som noe mer enn arbeidsgivers aktivitetssfære.

I Rt. 1993.345, hvor morselskapet var arbeidsgiver, ble virksomheten ansett for å også omfatte datterselskapets aktivitetssfære. I dette tilfellet var det klart at morselskapet kunne bestemme at arbeidstakerne skulle omplasseres i og med at morselskapet hadde flertall i styret etc. Beslutningen ville imidlertid formelt bli tatt i datterselskapet. Det var således datterselskapet som var forpliktet til å foreta vurderingen, mens morselskapet var forpliktet til å anvende sin bestemmende innflytelse.

⁹⁰ ARD 1980.79 på s. 89.

Et problem som oppstår spesielt i forhold til mor- og datterselskaper, er når arbeidsgiver er et datterselskap, men virksomheten anses å omfatte hele konsernet. Dette var tilfellet i Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 21.01.02 (LB-2001-01965). Som det fremgår i kapittel 4.3, ble virksomheten ansett å være hele konsernet fordi ledelsen hadde faktiske og rettslige muligheter til å vurdere omplassering av arbeidstaker. Arbeidsgiver hadde imidlertid ingen rettslig mulighet til å omplassere arbeidstaker. På denne bakgrunn kan det synes som at også konsernspissen anses som ansvarlig for å vurdere omplassering, til tross for at det foretak som utgjør konsernspissen ikke anses som arbeidsgiver. Bakgrunnen for dette kan være at konsernspissen anses som øverste leder i virksomheten og som det kompetente organ.

I dommen inntatt i RG 1997.822 (Oslo) ble det, i forbindelse med spørsmål om sakligheten av en oppsigelse, fastslått at arbeidstaker bare hadde en arbeidsgiver. Oppsigelsen ble ansett usaklig fordi retten mente at den formelle arbeidstaker ikke hadde vurdert omplassering til andre selskap innen konsernet. Arbeidsgiver var et datterselskap, og hadde således ikke mulighet til å pålegge de andre selskapene en plikt til å ansette arbeidstaker. Løsningen på dette kan tenkes å være at arbeidsgiver hadde en plikt til å anmode de andre selskapene om å vurdere ansettelse av arbeidstaker, jf. ARD 1980.79.

I følge avgjørelsene ovenfor kan andre enn arbeidsgiver være ansvarlige for ansettelse i henhold til aml. §§ 60 nr. 2 og 67 nr. 1. Hvor langt plikten går er imidlertid usikkert og ser ut til å avhenge av hvilken innflytelse arbeidsgiver har i den konkrete sak.

6 Avsluttende bemerkninger

6.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis vil dette kapitlet inneholde en kort oppsummering over oppgavens tema. Videre vil jeg se nærmere på enkelte rettspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende.

6.2 Oversikt over gjeldende rett

Fremstillingen ovenfor har vist at flere rettssubjekter kan være arbeidsgivere for samme arbeidstaker, og videre i hvilke tilfeller dette kan være aktuelt. Det kan slås fast at dette er en sammensatt vurdering og at de ulike avgjørelsene til dels er meget konkret begrunnet. Konsernutvalgets innstilling, som ifølge utvalget selv bygde på gjeldende rett, tok utgangspunkt i at flere enn den formelle arbeidsgiver kunne anses som arbeidsgiver på bakgrunn av utøvelse av bestemmende innflytelse overfor den formelle arbeidsgiver. Dette utgangspunkt må modifiseres. Flere avgjørelser legger til grunn at arbeidsgiveransvar kan være delt mellom flere rettssubjekter på bakgrunn av utøvelse av bestemmende innflytelse. Dette har imidlertid ikke vært tilstrekkelig, og grunnlaget for arbeidsgiveransvar har ikke vært den bestemmende innflytelse i seg selv. Gjeldende rett tar utgangspunkt i utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner.

Når det gjelder omfanget av den *virksomhet* arbeidstakers rettigheter etter aml. §§ 60 nr. 2 første ledd og 67 nr. 1 første ledd knytter seg til, er det på bakgrunn av praksis klart at arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet ikke nødvendigvis er samsvarende. Det foreligger nok en presumsjon for at virksomheten er det samme som arbeidsgivers aktivitetssfære, men ulike forhold kan medføre at man fraviker dette utgangspunkt. Forhold som ”utvider” virksomheten er de rettslige og praktiske mulighetene et overordnet foretak har til å ivareta arbeidstakers interesser. Forhold som ”innskrenker” virksomheten er hvor en del av foretaket har en særlig selvstendig stilling, noe som for eksempel kan skyldes geografiske avstander, typer av aktiviteter m.m.

6.3 Bør arbeidsmiljøloven endres?

Arbeidsmiljøloven gir i dag ikke svar på i hvilke tilfeller flere eller andre enn den formelle arbeidsgiver er å anse som arbeidsgiver. Den gir heller ikke svar på hva som er den virksomhet arbeidstaker kan gjøre sine rettigheter gjeldende overfor. Et spørsmål i denne anledning er om loven bør endres slik at den gir uttrykk for hva som er gjeldende rett.

Det kan være uheldig at loven ikke gir noe svar på i hvilke tilfeller flere anses som arbeidsgivere eller i hvilke tilfeller arbeidstakers rettigheter strekker seg videre enn til arbeidsgivers virksomhet. Selv om dette til en viss grad kan leses ut av praksis, må man

ta i betraktning at rettspraksis er en relativt utilgjengelig kilde for allmennheten. Det har en verdi i seg selv at loven forstås og anvendes av andre enn jurister. Dette må i særlig grad gjelde arbeidsmiljøloven som er en vernelov for arbeidstakerne.

Et annet spørsmål er imidlertid om det lar seg gjøre å kodifisere gjeldende rett.

Arbeidslivslovutvalgets flertall la til grunn at det generelt *”fremstår som en vanskelig oppgave å kodifisere rettspraksis til en lovtekst som gir en klarere og mer forutsigbar avgrensning av hvilke tilfeller der flere selskaper eller virksomheter skal anses å ha arbeidsgiveransvar”*.⁹¹ På bakgrunn av at den praksis som ligger til grunn for gjeldende rett i stor grad er knyttet til konkrete vurderinger i den enkelte sak, synes det svært vanskelig å sette opp utgangspunkter for vurderingen i lovteksten. En endring kan virke mot sin hensikt og gjøre reglene mer uklare. Alternativene synes således å være at man lar loven stå uforandret eller at man legger til grunn et generelt utvidet arbeidsgiver- og/eller virksomhetsbegrep.⁹² Ulempene ved et generelt utvidet arbeidsgiverbegrep og/eller et virksomhetsbegrep som ikke er knyttet til den formelle arbeidsgivers aktivitetssfære, er utførlig behandlet i KRD (1998) og NOU 2004: 5. Jeg vil likevel knytte enkelte bemerkninger til noen argumenter som kan tale for eller mot en slik utvidelse.

For arbeidstaker vil det ofte være en fordel å ha flere rettssubjekter å gjøre sine krav etter loven gjeldende overfor. Med hensyn til omplassering eller nyansettelse, blir alternativene flere enn hvis han bare må forholde seg til den formelle arbeidsgivers virksomhet. Dette gjelder enten de forskjellige arbeidsgiverne anses for å drive hver sin virksomhet eller om man kommer til at flere arbeidsgivere driver samme virksomhet. Ved krav om erstatning grunnet usaklig oppsigelse eller forbigåelse ved ansettelse, kan det være en fordel at flere rettssubjekter er solidarisk ansvarlige.

Loven tar imidlertid allerede hensyn til arbeidstaker som den svake part i kontraktsforholdet, og det er et politisk spørsmål om man ønsker at dette skal hensyntas

⁹¹ NOU 2004: 5 s. 161.

⁹² Å utvide virksomhetsbegrepet er en litt upresis betegnelse, da det i KRD (1998) først og fremst var tale om å fjerne ordet ”virksomhet” i aml. §§ 60 nr. 2 og 67 nr. 1. I realiteten ville dette være en slags utvidelse, da virksomheten ikke ble begrenset til å gjelde arbeidsgivers aktivitetssfære.

i enda større grad. Det må også tas i betraktning at utvidet arbeidsgiver- eller virksomhetsbegrep ikke utbetinget vil være til arbeidstakers fordel. For andre arbeidstakere kan det være problematisk med et utvidet stillingsvern. Dette gjelder i tilfeller hvor det kan bli aktuelt med valg mellom flere arbeidstakere. Som illustrasjon kan tenkes at arbeidstaker A er formelt ansatt i hos arbeidsgiver B, men også foretak C anses som arbeidsgiver. Arbeidstaker D er ansatt kun hos arbeidsgiver C. Dersom arbeidstaker A blir oppsagt fra foretak B, kan retten i ytterste konsekvens komme til at foretak C har plikt til å ansette arbeidstaker A som følge av at han har fortrinnsrett i *samme virksomhet*. Denne stillingen er imidlertid arbeidstaker D tilsatt i, men på bakgrunn av at arbeidstaker A hadde fortrinnsrett til stillingen, er det saklig å si opp arbeidstaker D.

Generelt vil nok en utvidelse av arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet være en belastning for arbeidsgiverne. En lovendring vil sannsynligvis medføre økte kostnader for virksomhetene, ved at det kreves økte ressurser i forhold til å overholde lovens krav.⁹³ Det må for eksempel opprettes en egen personaladministrasjon som holder oversikt med oppsigelser og ledige eller passende stillinger. Dette kan nok medføre økt sysselsetting, noe som selvfølgelig er en fordel, men det vil nok være en ulempe for mange virksomheter med hensyn til at det er de som må bære alle kostnadene.

Samordning mellom de forskjellige arbeidsgiverne og virksomhetene kan også skape problemer. Skal alle aktuelle arbeidsgivere komme med tilbud, og hvordan blir eventuelt samordningen mellom dem? Er det til slutt arbeidstaker som bestemmer hvor han vil jobbe, eller skjer vurderingen mellom de aktuelle arbeidsgiverne? Og hvordan blir situasjonen dersom det er flere arbeidstakere som blir oppsagt? Skal hver og en av dem få flere tilbud og selv velge hvor de vil jobbe? Hva skjer da i tilfelle dersom flere arbeidstakere ønsker samme stilling? Desto mer kompleks organisasjon som har arbeidsgiveransvar, desto flere slike problemer kan oppstå.⁹⁴

⁹³ Se mindretallet i NOU 1996: 6 s. 88 og flertallet i NOU 2004: 5 s. 160.

⁹⁴ Se Evju (1998) s.4.

En av innvendingene mot forslaget til et utvidet arbeidsgiverbegrep, var at Norge ville bli et mindre interessant sted for investeringer som følge av en ordning som ikke er kjent i andre land.⁹⁵ Et vidt arbeidsgiverbegrep ville imidlertid ikke ha vært en særnorsk ordning. Som et eksempel kan det nevnes at Frankrike har en ordning hvor oppsigelser som skjer på datterselskapsnivå likevel skal vurderes i forhold til konsernet som helhet.⁹⁶ Det synes også som et morselskaps utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner eller bestemmende innflytelse medfører arbeidsgiveransvar, når slik utøvelse får betydning for datterselskapets arbeidstakere.⁹⁷ I følge Nielsen (1991) gjelder et prinsipp om at den reelle beslutningstaker er arbeidsgiver også i engelsk og tysk rett.⁹⁸ Ovenstående synes å være gjeldende rett i disse landene også i dag, jf. Nyström (2002).⁹⁹ Et arbeidsgiverbegrep som omfatter andre enn den formelle arbeidsgiver, er således kjent i andre land og ville ikke vært et særnorsk fenomen.

På bakgrunn av en økende tendens til en mer kompleks organisering av næringslivet, med fusjoner, fisjoner og ulike typer av samarbeid mellom flere foretak, er det etter min mening en litt enkel løsning å fastslå at gjeldende rett er for komplisert til å kunne kodifiseres. Avveiningen mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser er i stor grad et politisk spørsmål, og det er etter min mening uheldig at det skal være overlatt til domstolene å foreta denne avveiningen.

⁹⁵ Se Konsernutvalgets mindretall i NOU 1996: 6 s. 87-88 og Nærings- og energidepartementets merknader i KRD (1998) s. 21.

⁹⁶ Bruun (1993) s. 15.

⁹⁷ Nielsen (1991) s. 68.

⁹⁸ I.c.

⁹⁹ Nyström (2002) s. 71.

7 Litteratur og kilder

- Andenæs (1998) Mads Henry Andenæs. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998.
- Boe (1996) Erik Boe. *Innføring i juss : Juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo, 1996.
- Bruun (1993) Niklas Bruun, Ruth Nielsen og Dennis Töllborg. *Koncernarbetsrätt i europeisk och nordisk perspektiv*. I: Nordisk Seminar- og Arbejdsrapport 1993:654. København, 1993.
- Dege (2003) Jan Tormod Dege. *Arbeidsrett*. Oslo, 2003.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 2001.
- Evju (1979)a Stein Evju. *Kravene til arbeidsmiljøet og gjennomføringen av dem. En innføring i arbeidsmiljølovens regler*. I: Stein Evju, Henning Jakhelln [mfl.]. *Arbeidsrettslige emner*. Oslo, Bergen og Tromsø, 1979, s. 1-135.
- Evju (1979)b Stein Evju. *Om stillingsvern*. I: Stein Evju, Henning Jakhelln [mfl.]. *Arbeidsrettslige emner*. Oslo, Bergen og Tromsø, 1979, s. 137-214.
- Evju (1979)c Stein Evju. *Om kontraktsvern*. I: Stein Evju, Henning Jakhelln [mfl.]. *Arbeidsrettslige emner*. Oslo, Bergen og Tromsø, 1979, s. 215-376.
- Evju (1998) Stein Evju. *Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven – Arbeidstakers stilling i konserner og konsernlignende forhold*. Høringsuttalelse av Arbeidsrettens formann til Kommunal- og regionaldepartementets høringsbrev av 27. august 1998. Oslo, 2. desember 1998.

- Evju (2003) Stein Evju. *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv. I: Arbeidsrett og arbeidsliv I*, (2003), s. 3-32.
- Fanebust (1997) Arne Fanebust. *Innføring i arbeidsrett: Den individuelle del*. Oslo, 1997.
- Fanebust (2001) Arne Fanebust. *Oppsigelse i arbeidsforhold: Krav om ”saklig grunn”, forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet*. 4. utg. Oslo, 2001.
- Fougner (1998) [Jan Fougner kommentarer] I: Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven*. 7. rev. utg. Oslo, 1998.
- Fougner (1999) Jan Fougner. *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. [Oslo], 1999
- Fougner (2003) [Jan Fougner kommentarer] I: Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg. *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave*. 8. utg. Oslo, 2003.
- Fougner mfl. (2003) *Omstilling og nedbemanning*. Jan Fougner, Eli Aasheim, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Espen Bergh, Tron Sundet. Oslo, 2003.
- Friberg (2003) [Historisk innledning] I: Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg. *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave*. 8. utg. Oslo, 2003, s. 17-36.
- Hagstrøm (2003) Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.
- Jakhelln (1996) Henning Jakhelln. *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. Oslo, 1996.
- Jakhelln (2004)a Henning Jakhelln. *Arbeidstakers rettigheter mot morselskap*. MarLus nr. 310 (2004) s. 75-96.
- Jakhelln (2004)b [Henning Jakhellns kommentarer til arbeidsmiljøloven 4. februar 1977 nr. 4] I: Norsk Lovkommentar [CD-ROM Oppdatert juli 2004].
- Jakhelln (2004)c Henning Jakhelln. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utg. Oslo, 2004.
- Matheson (1990) Wilhelm Matheson og Geir Woxholt. *Lovavdelingens uttalelser (1976-1988)*. Oslo, 1990.

- Norheim (1995) Lars G. Norheim. *Franchising – Begrepsforklaringer og oversikt over noen rettslige problemstillinger*. I: Tidsskrift for forretningsjus. Årgang: 1 (1995), s. 8-31.
- Nyström (2002) Birgitta Nyström. *Arbetstagares rättigheter inom koncerner – särskilt i internationella förhållanden*. I: Marfus nr. 310 (2004) s. 67-74.

LOVREGISTER

Aksjeloven (asl.)	Lov om aksjeselskaper 13 juni 1997 nr. 44
Allmennaksjeloven (asal.)	Lov om allmennaksjeselskaper 13 juni 1997 nr. 45
Arbeidervernloven (arbvl.)	Lov om arbeidervern 7 desember 1956
Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. 4 februar 1977 nr. 4
Folketrygdloven (ftrl.)	Lov om folketrygd 28 februar 1997 nr. 19
Lønnsgarantiloven (lgl.)	Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. 14 desember 1973 nr. 61
Selskapsloven (sel.)	Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper 21 juni 1985 nr. 83
Skadeserstatningsloven (skl.)	Lov om skadeserstatning 13 juni 1969 nr. 26
Skattebetalingsloven (sktbl.)	Lov om betaling og innkreving av skatt 21 november 1952 nr. 2
Tjenestemannsloven (tjml.)	Lov om statens tjenestemenn m.m. 4 mars 1983 nr. 3
Tvistemålsloven (tvml.)	Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13 august 1915 nr. 6

Forskrifter

KRD 1998-10-28 999	Forskrift om statsgaranti for lønnskrav
--------------------	-----------------------------------------

FORARBEIDER

Norges offentlige utredninger

NOU 1992: 20	Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle.
NOU 1996: 6	Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.
NOU 1999: 34	Nytt millennium – nytt arbeidsliv?
NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
KRD (1998)	Kommunal- og regionaldepartementets oppfølging av Konsernutvalgets innstilling m v : Høringsbrev

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr.50 (1993-1994)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 68 (1998-1999)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (utdanningspermisjon)

RETTSPRAKSIS

Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 1937.21

Rt. 1966.393

Rt. 1967.91

Rt. 1985.941

Rt. 1985.957

Rt. 1985.977

Rt. 1986.879

Rt. 1989.231

Rt. 1990.1126

Rt. 1991.119

Rt. 1992.776

Rt. 1993.345

Rt. 1993.490

Rt. 1993.954

Rt. 1993.1322

Rt. 1993.1428

Rt. 1995.270

Rt. 1996.672

Rt. 1996.742

Rt. 1997.623

Rt. 1998.1357

Rt. 1999.509

Rt. 2000.1602

Rt. 2000.2047

Rt. 2000.2058

Rt. 2001.418

Rettens gang (RG)

RG 1994.688	Hålogaland
RG 1996.463	Gulating
RG 1996.502	Borgarting
RG 1997.822	Oslo
RG 1998.1415	Tønsberg
RG 2001.1138	Borgarting
RG 2002.1551	Frostating
RG 2003.1342	Oslo
RG 2004.255	Frostating

Dommer og kjennelser fra arbeidsretten (ARD)

1980.79

Norsk arbeidsrettslig domssamling (NAD)

1984-85.1	Hålogaland
1988.1222	Oslo

Utrykte avgjørelser

Eidsivating Dom	02.05.91	LE-1989-00425
Sarpsborg Kjennelse	19.10.92	
Eidsivating Kjennelse	26.01.93	LE-1992-02881
Brønnøy Kjennelse og dom	02.04.93	
Hålogaland Dom	26.11.93	LH-1993-00096
Hålogaland Dom	25.03.94	LH-1993-00354
Gulating Dom	27.02.98	LG-1997-00754
Borgarting Kjennelse	15.09.98	LB-1998-01906
Borgarting Kjennelse	27.11.98	LB-1998-02880
Frostating Dom	16.12.99	LF-1999-00261
Borgarting Dom	04.05.00	LB-1999-03137
Borgarting Dom	15.12.00	LB-1999-02678
Borgarting Dom og kjennelse	21.01.02	LB-2001-01965
Gulating Dom	22.03.02	LG-2001-00635

ANNET

Sivilombudsmannens årsmelding

1986.26

Lovavdelingens uttalelser

Uttalelse 16.11.77

Tariffavtaler

Hovedavtalen i staten

01.01.02 - 31.12.05

8 Forkortelser

ARD	Dommer og kjennelser av Arbeidsretten
KRD	Kommunal- og regionaldepartementet
KS	Kommunenes Sentralforbund
LARD	Dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter
LO	Landsorganisasjonen i Norge
NAD	Norsk Arbeidsrettslig Domssamling
N.A.F	Norsk Arbeidsgiverforening
NHO	Næringslivets Hovedorganisasjon
NOU	Norges Offentlige Utredninger
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
RG	Rettens Gang
Rt.	Norsk Retstidende